



VE
RI
TAS





Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.

Achtzehnter Band.



Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Achtzehnter Band.

(Zitierweise: WürttJ.)

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1906.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des achtzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts

A. in Civilsachen.

Seite



II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

III. Abhandlung.

IV. Literarische Anzeigen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Kann beim Werkvertrag der Besteller, der die ihm angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr geltend machen?

Ueber diese Frage sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Die von der Klin. vertretene Rechtsanschauung, daß die Bekl., weil sie die ihr angebotene Leistung als Erfüllung angenommen habe, wegen der von ihr behaupteten Mangelhaftigkeit der Leistung nur noch die in § 633 ff. BGB. dem Besteller gegebenen Rechte habe, die Einrede des nichterfüllten Vertrags dagegen nicht mehr geltend machen könne, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Ein Rechtssatz des von der Klin. gewollten Inhalts war allerdings im ersten Entwurf des BGB. § 367 Satz 1 vorgesehen gewesen. Er ist aber von der Kommission für die zweite Lesung gestrichen worden, weil die Frage, wie die Annahme einer nicht ordnungsmäßig beschaffenen Leistung auf die materielle Rechtslage der Parteien wirke, keiner besonderen Entscheidung bedürfe, die Versagung der Einrede aber unter Umständen zu

Unbilligkeiten führen könne[1]). Dies läßt als Sinn des Gesetzes, wie es lautet, erkennen, daß auch beim Werkvertrag dem Besteller, der die angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, außer den nach § 633 ff. gebotenen Rechtsbehelfen auch die Einrede des nicht bezw. des nicht richtig erfüllten Vertrags zusteht[2]). Dagegen hat die tatsächlich erfolgte Annahme der Erfüllung die sich aus § 363 BGB. ergebende Folge, daß nunmehr die Bekl. als Bestellerin die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Werks, nicht, wie wenn Annahme nicht erfolgt wäre, die Klin. als die Unternehmerin die Beweislast ordnungsmäßiger Erfüllung trifft.

Urt. des II. Civilsenats vom 5. Dezbr. 1904 i. S. Billigheim g. Mößner.

2.

Haftung eines Gastwirts für Beschädigung eines in seinen Stall eingestellten Pferds[3]).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Kl. stützt seinen Anspruch in erster Linie auf die Vorschriften der §§ 701 BGB., Einbringung von Sachen bei Gastwirten. Mit Recht hat das Landgericht diesen Klagegrund für unzutreffend erkärt. Es genügt zur Anwendung der gesteigerten Haftung der §§ 701 ff. nicht, daß der Bekl. gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, sondern es muß auch im einzelnen Fall der betreffende Gast im Betriebe des Beherbergungsgewerbes aufgenommen worden sein (§ 701 Abs. 1 Satz 1 BGB.)[4]). Vorliegend hat aber eine

[1]) Komm. Prot. Bd. I S. 636/37.

[2]) Planck BGB. § 363 Anm. 3, Achilles BGB. § 363 Anm., § 633 Anm. 1.

[3]) Vgl. die Entscheidungen des II. C.S. Bd. 17 163 ff.

[4]) Endemann, Lehrbuch I § 186 bei und in Note 9; OLGRspr. 5 S. 145.

Beherbergung des Klrs., d. h. die Gewährung einer der eigenen Häuslichkeit ähnlichen Unterkunft, nicht stattgefunden.

Anders liegt es mit einer auf Verwahrungs- oder einen anderen Vertrag gestützten Verbindlichkeit des Bekl. Was zunächst hier die Bemängelung der Passivlegitimation durch den Bekl. angeht, so ist dieser Einwand nicht begründet. Daraus, daß der Bekl., wie er behauptet, seinem Hausknecht die Aufsicht über den Stall, das Verhandeln mit den Tierbesitzern, welche den Stall benützen wollen, und das von diesen für die Benützung bezahlte Trinkgeld überläßt, folgt noch nicht, daß nicht der Bekl. es ist, welcher den Verwahrungs- oder sonstigen Vertrag mit dem betreffenden Tierbesitzer abschließt. Der Bekl. ist unbestritten Eigentümer des Stalls; im Interesse seines Geschäftsbetriebs nimmt er Tiere in denselben auf; wenn bei dieser Sachlage der Hausknecht des Bekl. mit den Tierbesitzern über die Einstellung verhandelt, so geschieht dies im Zweifel im Auftrag des Bekl. und in dessen Vertretung, und wenn der Bekl. dem Hausknecht das Trinkgeld für die Einstellung überläßt, so ist nicht ausgeschlossen, daß dasselbe als Teil seines Dienstlohns gilt. Es ist also der Bekl. als der andere vertragschließende Teil anzusehen.

Das zwischen den Parteien durch das Einstellen des Pferds des Kls. in den Stall des Bekl. begründete Rechtsverhältnis erscheint weder als Sachmiete, da nicht bloß der Stall, sondern auch gewisse Dienste, Herein- und Hinausführen des Pferdes, Füttern, Tränken und drgl. gegen Entgelt gewährt werden, noch als Verwahrungsvertrag, da die geschilderten Dienste über die Verpflichtung des Verwahrers hinausgehen. Vielmehr liegt eine besondere Vertragsart vor. Zweifellos kann nun ein solcher Einstellungsvertrag die Verpflichtung des Wirts in sich schließen, für eine derartige Aufstellung des eingebrachten Pferds durch Vorrichtungen zu sorgen, daß dasselbe nicht durch andere gleichzeitig eingestellte Tiere beschädigt werden kann. Aber vorliegend ist nach dem beiderseitigen Parteivorbringen ein Vertrag mit

dieser Haftung nicht abgeschlossen worden. Unrichtig ist zwar, daß der Bekl. überhaupt nicht haftet, weil er seine Haftung durch die angeblich dem Kl. bekannt gewesene Inschrift an der Stalltüre: „Stallung ohne Garantie" wirksam ausgeschlossen habe; ohne besondere Anhaltspunkte, welche vorliegend fehlen, kann nicht angenommen werden, daß durch einen solchen Anschlag jede Haftung abgelehnt werden wollte; vielmehr liegt es näher, anzunehmen, daß sich diese Verwahrung des Stalleigentümers nur auf die Haftung für eine Verseuchung des Stalls durch ansteckende Krankheiten bezieht. Es wird also die vertragsmäßige Haftung des Bekl. im vorliegenden Fall durch den Anschlag nicht berührt.

Anlangend nun diese Haftung, so ist der Stall des Bekl. zur Zeit der Einbringung des Pferds des Klrs. weder mit Ständen, noch mit Trennstangen versehen gewesen. Daß dies dem Kl. bei der Einstellung seines Pferds bekannt war, ist zu unterstellen, da er unbestritten bei der Verbringung seines Pferds in den Stall zugegen war und auch schon früher mehrfach sein Pferd in den Stall des Bekl. eingestellt hatte. Uebrigens kommt es hierauf nicht an. Diese Kenntnis oder Nichtkenntnis wäre nur dann erheblich, wenn der Bekl. dem Kl. einen Stall mit solchen Schutzvorrichtungen oder überhaupt eine Verwahrung seines Pferds in einer jede Beschädigung desselben ausschließenden Weise zugesichert hätte. Letzteres ist aber nicht der Fall. Der Bekl. hat dem Kl. wie in Ermangelung der Behauptung einer besonderen Beredung angenommen werden muß, seinen Stall in dem Zustand zur Unterbringung seines Pferdes angeboten, in welchem er sich zur Zeit der Einbringung des Pferds befand, also ohne Schutzvorrichtungen und mit der aus der Eigenschaft des Stalls als Gaststall ersichtlichen Aussicht, daß noch weitere Pferde in demselben untergebracht werden, und es hat der Kl., indem er sein Pferd in diesen Stall stellte, dieses Angebot angenommen. Hienach kann der Kl. darauf, daß der Bekl. ihm den Stall ohne Schutzvorrichtungen gegenüber anderen Pferden gewährt hat, die Behauptung eines

Verschuldens oder eines vertragswidrigen Verhaltens nicht gründen, eben weil die vertragsmäßige Verpflichtung des Bekl. nicht auf die Gewährung eines Stalls mit Schutzvorrichtungen ging. Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, ob der Hausknecht des Bekl. nach der Einstellung des kläg. Pferds eine Trennstange angebracht hat und ob diese so angebracht war, daß sie wertlos war. Nur wenn diese Vorrichtung so angebracht worden wäre, daß sie die Beschädigung des kläg. Pferds nach sich ziehen mußte, könnte in dieser Anbringung ein Verschulden gefunden werden; dies ist aber nicht behauptet.

Dagegen ist fraglich, ob der Bekl. für die Beschädigung des Pferds nicht deshalb verantwortlich ist, weil seine Angestellten — der Hausknecht und dessen Gehilfe, welch' letzterer ebenfalls Angestellter des Bekl. war, sofern zu unterstellen ist, daß dem Bekl. mindestens dessen Verwendung als Gehilfe bekannt war und daß er diese duldete — die ihnen obgelegene Aufsichtspflicht versäumt haben. Es ist nicht zu verkennen, daß der Einstellungsvertrag, so wie er üblicherweise abgeschlossen wird und wie er auch vorliegend abgeschlossen worden ist, nach der Absicht der Vertragsschließenden eine gewisse Aufsichtspflicht für den Wirt begründet. Es wird erwartet, daß der Wirt Personal zu den oben bezeichneten Dienstleistungen und zu einer Beaufsichtigung der Tiere stellt, da der Wirt und der Einstellende davon ausgehen, daß der Letztere sich nicht fortwährend im Stalle aufhält und so die Beaufsichtigung seiner Tiere selbst übernehmen würde. Auf der anderen Seite wird aber üblicherweise und regelmäßig auch nicht vorausgesetzt, daß die Angestellten des Wirts fortwährend im Stalle anwesend sind, da ihnen gegenüber den Einstellern auch eine außerhalb des Stalls vorzunehmende Tätigkeit — Ein- und Ausspannen, Herein- und Hinausführen der Pferde, Futter- und Wasserholen — obliegt. Hienach kann die dem Wirt regelmäßig vertragsmäßig obliegende Aufsichtspflicht nicht in einer fortwährenden Ueberwachung der eingestellten Pferde, sondern nur in einem zeit-

weisen Nachsehen bestehen. Daß diese allgemeine Aufsichtspflicht vorliegend von den Angestellten des Bekl. versäumt worden wäre, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt. Nun ist aber nicht zu bezweifeln, daß, wenn, wie vorliegend nach dem Beweiseinzug feststeht, der Angestellte des Bekl. nach der Einstellung des kläg. Pferds wahrgenommen hat, daß dieses durch andere Pferde beschädigt werde, die gedachte Aufsichtspflicht auch die Verpflichtung enthalten muß, für die Verhinderung weiterer Beschädigungen zu sorgen. Wenn man nun auch als erwiesen ansehen will, daß der Angestellte G. die Pflicht hatte, die von ihm wahrgenommene Beschädigung des kläg. Pferds alsbald dem Hausknecht oder dem Bekl. selbst zu melden und daß in der Unterlassung einer solchen Meldung ein von dem Bekl. zu vertretendes Verschulden liegt, so kann doch nicht festgestellt werden, daß dieses Verschulden die Ursache für die tödliche Verletzung des kläg. Pferds war. (Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:) Endlich behauptet der Kl. noch, dem Bekl. seien bei der Einstellung seines Pferds die Pferde des K. als Schläger bekannt gewesen. Nach dem Einstellungsvertrag, wie er üblicherweise abgeschlossen wird und auch vorliegend abgeschlossen worden ist, verpflichtet sich der Wirt zur Gewährung einer gewissen Aufsicht. Für die Gefahr, welche den eingestellten Tieren durch andere ebenfalls eingestellte Tiere droht, haftet er nur, wenn er zur Anbringung von Schutzvorrichtungen oder zu einer besonderen Beaufsichtigung verpflichtet war, was nach dem Bemerkten vorliegend nicht zutrifft, oder wenn ihm diese Gefahr bei dem Vertragsabschluß bekannt war und er den anderen Teil nicht hievon unterrichtet hat. Gegen diese Verpflichtung hätte der Bekl. verstoßen, wenn ihm oder seinen Angestellten, welche ihn bei dem Abschluß des Einstellungsvertrags vertraten, zur Zeit dieses Abschlusses bekannt gewesen wäre, daß die Pferde des K., welche zur Zeit des Vertragsabschlusses mit dem Willen des Bekl. bereits in seinem Stall untergebracht waren, Schläger seien, und wenn er es unterlassen hätte, hierauf den Kl.

bei der Einstellung seines Pferdes aufmerksam zu machen oder für geeignete Schutzmaßregeln zu sorgen. (Es wird dann ausgeführt, daß auch in dieser Richtung den Bekl. oder dessen Angestellte kein mit der Verletzung des Pferds des Bekl. in ursachlichem Zusammenhang stehendes Verschulden trifft).

Urt. des I. Civilsenats vom 28. Oktober 1904 i. S. Ackermann g. Wieland.

3.

Besteht ein Anspruch eines bei der Schlußverteilung übergangenen Konkursgläubigers gegen die andern Konkursgläubiger?

Kläger hatte zum Konkurs des K. zwei Forderungen angemeldet, nach deren Feststellung aber die eine (als durch einen Bürgen bezahlt) zurückgezogen. Aus Versehen wurden beide Forderungen in der Tabelle als erledigt gestrichen und der Fehler wurde erst nach erfolgter Schlußverteilung entdeckt. Die Klage des Klägers gegen einen anderen Konkursgläubiger auf Bezahlung des diesem infolge der Uebergehung des Kls. zu viel zu gut gekommenen Betrags hat das Berufungsgericht abgewiesen.

Gründe:

Daß der Kläger infolge des zu spät aufgedeckten Versehens bei Berichtigung der Konkurstabelle keine Befriedigung aus der Konkursmasse seines Schuldners erhalten hat und der ihm gebührende Anteil an dieser Konkursmasse den übrigen Konkursgläubigern zu gut gekommen ist, steht durchaus im Einklang mit den Bestimmungen der Konkursordnung. Nach § 162 KO. war der Schlußtermin zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis bestimmt, das nach § 151 KO. sämtliche bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen der Konkursgläubiger auf Grund der Eintragungen in der Tabelle (§ 145 vgl. mit § 146 Abs. 7

KO.) zu enthalten hatte und auf der Gerichtsschreiberei zur Einsichtnahme durch die Beteiligten bis zum Schlußtermin niedergelegt war. Spätestens in diesem Schlußtermin hatte der Kläger also Gelegenheit, für seine angemeldete und festgestellte Kaufpreisforderung, die irrtümlicherweise in der Tabelle als nachträglich zurückgezogen bezeichnet und demzufolge auch nicht in das Schlußverzeichnis aufgenommen worden war, die Aufnahme in dieses Verzeichnis zu erwirken. Nachdem er diese gemäß § 162 Abs. 2 § 158 Abs. 2 KO. durch Entscheidung des Gerichts zu erzielende Berichtigung des Schlußverzeichnisses versäumt hatte, mußte die Verteilung der Konkursmasse gesetzmäßig nach dem fehlerhaften Schlußverzeichnis vollzogen, also der Kläger zu gunsten der übrigen Konkursgläubiger übergangen werden und diese Verteilungsweise wäre selbst dann nicht mehr zu ändern gewesen, wenn sich etwa noch Massebestandteile vorgefunden hätten, die nachträglich zu verteilen gewesen wären (§ 166 KO.).

Wenn nun auch die Bestimmungen des Konkursverfahrens keinen Ausweg offen lassen, um diese Benachteiligung des Klägers wieder gut zu machen, so glaubt der Kläger nach § 812 des BGB. einen Anspruch darauf zu haben, daß ihm die durch seinen Ausfall begünstigten Konkursgläubiger herausgeben, was sie infolge seines Ausscheidens aus der Gemeinschaft der im Konkurs befriedigten Gläubiger mehr empfangen haben. Ob der Beklagte die 45 Mk. 66 Pfg., die er auf diese Weise mehr aus der Konkursmasse erhalten hat, „auf Kosten" des Klägers erhalten hat, kann unentschieden bleiben (in Betracht kommt in dieser Richtung, daß dem Beklagten dieser Betrag zwar aus den Mitteln des Gemeinschuldners und auf Anrechnung an seinem Guthaben an denselben, aber doch aus Mitteln zugekommen ist, die auch zur Befriedigung des Klägers hätten dienen sollen: § 3 KO.). Eine andere Frage aber ist es, ob der Beklagte den ihm abgeforderten Teil seiner Konkursdividende „ohne rechtlichen Grund" erlangt hat. Es könnte scheinen, daß diese Frage ohne weiteres deshalb zu verneinen sei, weil der Beklagte

diesen Betrag, wie bereits ausgeführt, nach den Bestimmungen der Konkursordnung rechtmäßig zugeteilt erhalten hat. Diese Begründung wäre jedoch nicht stichhaltig, weil eine Vermögensveränderung rechtmäßig eingetreten sein und gleichwohl als rechtlich unbegründet von einem Beteiligten umgestoßen werden kann, wenn der Tatbestand einer ungerechtfertigten Bereicherung im Sinne des BGB. vorliegt[1]). So könnte ein Gläubiger, der durch rechtmäßige Befriedigung innerhalb und außerhalb eines Konkursverfahrens etwas erlangt hat, wenn sich nachträglich herausstellt, daß seine vermeintliche Forderung in Wahrheit nicht bestanden hat, zur Rückzahlung des Empfangenen verpflichtet werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 812—814 BGB. gegeben sind. Ebenso ist ein Gläubiger, der in rechtmäßigem Zwangsvollstreckungsverfahren durch Pfändung eines seinem Schuldner nicht gehörigen Vermögensstücks Befriedigung erlangt hat, gleichwohl zur Herausgabe des Erlangten an den wahren Eigentümer des Gepfändeten verpflichtet[2]). Ein Hypothekengläubiger endlich, der die Wahrnehmung seiner Rechte in der Zwangsvollstreckung versäumt hat, ist dadurch nicht gehindert, dem persönlichen Gläubiger, der infolgedessen eine Befriedigung erlangt hat, das Erlangte insoweit, als er auf Grund seiner Hypothek ein besseres Recht hatte, nachträglich mit der Bereicherungsklage abzufordern[3]). In all diesen Fällen steht dem Berechtigten auf Grund besonderen Tatbestands ein Anspruch zu, der bei Eintritt der angefochtenen Bereicherung unberücksichtigt geblieben ist, gegenüber dem Anspruch des Bereicherten aber den Vorzug verdient. Nicht in derselben Lage ist der Konkursgläubiger, der infolge eines Versehens bei den Einträgen in der Tabelle oder im Schlußverzeichnis bei der Schlußverteilung leer ausgegangen ist. Ihm steht gegenüber den anderen Konkursgläubigern kein besseres Recht auf Befriedigung aus der Konkursmasse zu,

[1]) Dernburg, Schuldverh. II § 374 Z. IV.

[2]) RG. 40 S. 288; WürttZ. 14 S. 20.

[3]) SeuffA. 42 Nr. 81; 47 Nr. 83; 54 Nr. 128.

er kann ihnen also, was sie nach Konkursrecht aus dieser erhalten haben, nicht unter Berufung auf ein besseres Recht hinterher abstreiten. Sein Recht ist allerdings auch kein geringeres, er ist wie jeder andere Gläubiger befugt, außerhalb des Konkurses ohne Rücksicht auf andere Gläubiger zu seiner Befriedigung zuzugreifen, innerhalb des Konkurses neben allen übrigen Gläubigern, die ihre Ansprüche angemeldet haben, gleichmäßige Befriedigung aus den Mitteln der vorhandenen Masse anzusprechen. Es ist nun kein Zweifel, daß ein Gläubiger, der die Anmeldung seiner Forderung im Konkurs unterlassen hat, den andern Gläubigern, die angemeldet haben und im Konkurs anteilmäßig befriedigt worden sind, nicht hinterher mit einer Bereicherungsklage das abverlangen kann, was sie infolge seines Fernbleibens vom Konkurs mehr erhalten haben. Seine Berufung darauf, daß er kein geringeres Recht auf Befriedigung habe als die übrigen Gläubiger, können diese mit der Erwiderung abweisen, daß sie auf Grund ihres Zugriffs im Konkurs erhalten haben, was ihnen gebührte, und daß sie zu einer Beschränkung auf anteilmäßige Befriedigung nur solchen Gläubigern gegenüber verpflichtet sind, die sich am Konkurs beteiligt haben, nicht aber anderen Gläubigern, denen sie je nach Umständen, also auch mittels ihrer konkursmäßigen Befriedigung, zuvorzukommen berechtigt sind. Ein Gläubiger aber, dessen Forderung im Konkurs zwar angemeldet, infolge irgend eines Zufalls aber in die Tabelle und das Schlußverzeichnis nicht aufgenommen und demzufolge bei der Verteilung der Konkursmasse unbefriedigt geblieben ist, kann nicht besser gestellt sein, als wenn er überhaupt nicht angemeldet hätte (es sei denn, daß ihm aus anderen Gründen ein besseres Recht auf Befriedigung zustände, als den übrigen Konkursgläubigern). Denn seiner Berufung darauf, daß er durch die Anmeldung seiner Forderung im Konkurs ein Recht auf gleichmäßige Befriedigung erworben habe, können die im Konkurs befriedigten Konkursgläubiger den Einwand entgegen halten, daß er dieses durch die Konkursordnung gewährleistete Recht da-

durch verloren habe, daß seine Forderung nicht in die Tabelle und das Schlußverzeichnis aufgenommen worden sei, worüber zu wachen, seine Sache gewesen wäre. Würde ihm durch die Gewährung einer Bereicherungsklage die Möglichkeit gewährt, nach Abschluß des Konkursverfahrens im gewöhnlichen Rechtsstreit noch durchzusetzen, was er im Konkursverfahren durchzusetzen versäumt hat, so wäre dies nicht anders, als wenn eine Partei, die in einem Prozeß wegen Versäumung einer Frist (z. B. der Einspruchsfrist) unterlegen ist, durch Erhebung einer Bereicherungsklage (welcher des neuen Tatbestands wegen die Einrede der Rechtskraft nicht entgegengehalten werden könnte), diesen Nachteil hinterher ausgleichen wollte. Ungeachtet gegenteiliger Ansichten und Entscheidungen[1]) erschien es daher richtig, im Einklang mit der Entscheidung des IV. Civilsenats des Reichsgerichts vom 22. Oktober 1885[2]) dem im Konkursverfahren unberücksichtigt gebliebenen Konkursgläubiger insolange, als ihm ein besseres Recht nicht zur Seite steht, die Bereicherungsklage gegen die anteilmäßig befriedigten Konkursgläubiger zu versagen. Der Ansicht der Civilkammer aber, dem Kläger sei die Bereicherungsklage deshalb nicht zu gewähren, weil das Versehen, durch das er im Konkursverfahren benachteiligt worden ist, einer offenbaren Unrichtigkeit im Sinne des § 319 CPO. gleich zu achten sei, kann nicht beigetreten werden. Da aus der Tabelle selbst ohne Zurückgehen auf die derselben zugrunde liegenden Schriftsätze der Beteiligten das Versehen nicht ohne weiteres zu erkennen war, ist die Anwendbarkeit des § 319 CPO. auf den vorliegenden Fall nicht zuzugeben[3]), überdies aber kann, was etwa der Konkursrichter von Amts wegen jederzeit hätte berichtigen können, nicht ebenso vom Prozeßrichter richtig gestellt werden.

Urt. des I. Civilsenats vom 14. April 1905 i. S. Hirsch g. Koppel.

---

[1]) S. die Anführungen bei Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 376, Jäger KO. § 158 Anm. 10, RG. (V. Civilsen. 13. März 1889) Bd. 23 S. 54.

[2]) SeuffA. 41 Nr. 272.

[3]) Vgl. RG. 23 S. 399.

4.

Ungerechtfertigte Bereicherung dessen, der einen präjudizierten Wechsel eingelöst hat, durch Einlösung dieses Wechsels seitens des Vormanns.

Die klagende Firma, die dem Bekl. für gelieferte Arbeiten und Materialien eine größere Summe schuldete, bezahlte an ihrer Schuld den Betrag von Mk. 394,50 durch Hingabe eines akzeptierten und von der Klin. als Indossantin unterschriebenen Wechsels. Der Bekl. nahm den Wechsel in Zahlung an und begab ihn weiter. Bei Verfall versäumte die letzte Indossantin die Protestfrist. Der Wechsel kam darauf im Regreßweg an den Bekln. zurück; dieser hat ihn, obwohl präjudiziert, eingelöst und nun seinerseits gegen die Klin. Regreß erhoben. Auch diese hat den Wechsel eingelöst und die Regreßsumme mit 404 Mk. 66 Pfg. an den Bekln. bezahlt.

Nunmehr hat die Klin. die gezahlte Summe von dem Bekl. zurückverlangt, indem sie sich darauf berief, daß sie zur Zahlung der Regreßsumme nicht verpflichtet gewesen sei, somit eine nicht bestehende Schuld bezahlt habe. Der Bekl. hat insbesondere eingewendet, daß ihm die Klin. Präsentation und Protest erlassen habe, somit zur Einlösung des Wechsels verpflichtet gewesen sei. Die Klage wurde für begründet erachtet. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die angestellte Bereicherungsklage ist begründet, wenn die Klin. nachzuweisen vermag, daß die Schuld, zu deren Erfüllung sie gezahlt hat, nicht besteht oder daß dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche seine Geltendmachung dauernd ausgeschlossen wurde.

Diesen Beweis hat die Klin. erbracht. Die Klin. hat ihre Kaufpreisschuld in Höhe von 394 Mk. 50 Pfg. mit dem Wechsel bezahlt. Da eine Abrede, daß der Wechsel an Zah-

lungsstatt gegeben sein sollte, nirgends behauptet ist, so hatte die Zahlung nach der durch § 364² BGB. gesetzlich festgelegten Auslegungsregel, wie sie schon im früheren Recht als feststehender Rechtsgrundsatz anerkannt war, noch nicht die Wirkung einer Tilgung der Schuld, vielmehr wurde eine solche erst dann herbeigeführt, wenn die Bedingung, daß der Bekl. die Wechselsumme erhalten hat und das Erhaltene behalten darf, erfüllt war. Der Bekl. hat den Wechsel weiter begeben und (wie ohne weiteres zu unterstellen ist) die Valuta erhalten. Damit stand noch nicht fest, daß er diese behalten durfte, solange er dem Rücklauf des protestierten Wechsels entgegensehen mußte. Der Wechsel wurde nun bei Verfall nicht eingelöst, aber auch nicht rechtzeitig protestiert. Mit dem ungenützten Ablauf der Protestfrist war der Regreß gegen sämtliche Indossanten, welche nicht auf den Protest verzichtet hatten, somit der Regreß sämtlicher Nachmänner des Bekln. gegen die Vormänner bis zu dem Bekln. einschließlich verloren, und nunmehr stand fest, daß der Bekl. die erhaltene Valuta nicht mehr herauszugeben brauchte. Damit war die Tilgung der Kaufpreisschuld endgültig eingetreten. Der Bekl. hat nun freilich den Wechsel, obwohl er ihm gegenüber präjudiziert war, eingelöst; er hat also das, was er zur Erfüllung erhalten hatte, wieder herausgegeben. Damit hat er aber die schon geschehene Erfüllung als solche nicht wieder rückgängig gemacht. Die ursprüngliche Forderung, die Kaufpreisforderung, blieb vielmehr getilgt, so daß er der Klin. gegenüber nicht mehr auf dieselbe zurückgreifen konnte. Es bestand hienach keine Kaufpreisschuld, welche die Klin. mit der bei Einlösung des präjudizierten Wechsels gemachten Zahlung zu erfüllen gehabt hätte[1]).

Eine andere Frage ist, ob der Bekl. nicht aus dem Wechsel der Klin. gegenüber forderungsberechtigt geblieben

[1]) Vgl. Grünhut, Wechselrecht II § 113 S. 301/308; Rehbein, Komm. zu Art. 83 No. 4 S. 141/142; Staub, Komm. zu Art. 83 S. 25/26 und § 28, sowie die das. angeführte Rechtsprechung des ROHG. und des RG.

ist. Aber auch dies ist zu verneinen.

Der Bekl. beruft sich darauf, daß die Klin. ihm gegenüber auf Präsentation und Protest verzichtet habe, so daß der Wechsel im Verhältnis des Bekl. zur Klin. durch die Unterlassung einer gültigen Protesterhebung nicht präjudiziert worden sei. Hat der Gläubiger erklärt, er nehme Zahlung in Wechseln nur an, wenn ihm die Verantwortlichkeit für Präsentation und Protest erlassen werde, und hat der Schuldner nach Entgegennahme dieser Erklärung mit einem Wechsel gezahlt, so liegt allerdings ein Verzicht des Schuldners auf Präsentation und Protest vor und dieser Verzicht ist im Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger gültig und wirksam, auch wenn er nicht in der üblichen Weise als Protesterlaß auf dem Wechsel vermerkt worden ist. Der Schuldner muß in diesem Fall den Regreß gegen sich gelten lassen, auch wenn sich der Gläubiger als der Wechselinhaber über rechtzeitige Präsentation und Protesterhebung nicht ausweisen kann[1]).

Der Bekl. hat nun der Klin. eine mit dem bezüglichen Vermerk versehene Faktura übersandt und die Klin. hat sie widerspruchslos angenommen und daraufhin mit dem Wechsel gezahlt. Der Bekl. durfte unter diesen Umständen annehmen, daß die Klin. die Wechselzahlung unter Billigung der für den Fall solcher Zahlung gestellten Bedingung des Bekln. mache; es wäre von der Klin. gegen Treu und Glauben gehandelt, wenn sie sich nachträglich darauf berufen wollte, sie habe gezahlt, ohne die ihr gesetzte Bedingung zu berücksichtigen. Sie muß vielmehr ihre mit der Uebersendung des Wechsels kundgegebene Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie nach Treu und Glauben vom andern Teil aufgefaßt werden durfte.

Es darf hienach als feststehend angenommen werden, daß die Klin. dem Bekln. Präsentation und Protest erlassen

[1]) Vgl. Grünhut a. a. O. § 122 No. 8 S. 402; Rehbein zu Art. 41 ff. No. 12 S. 85; ROHG. 17, 274; auch Staub zu Art. 42 § 1 S. 121.

hat. Der Bekl. war deshalb, wenn er als letzter Indossator auf dem Wechsel stand, gegen die Klin. regreßberechtigt, auch wenn er den Wechsel nicht rechtzeitig präsentiert und protestiert hatte. Er war nun zwar nicht der letzte Indossator, aber er konnte sich der Klin. gegenüber, nachdem er den Wechsel eingelöst hatte, ohne weiteres mittels Durchstreichens der Nachindossamente als letzter Indossator legitimieren und dann Regreß gegen die Klin. erheben[1]). Ob der so erhobene Regreß als rechtlich gültig anzuerkennen wäre, und ob nicht, nachdem der Bekl. den Regreßanspruch erhoben hatte, ohne die Nachindossamente durchzustreichen, die der Kl.in mögliche Beanstandung der formellen Legitimation als eine dem Regreßanspruch dauernd ausschließende Einrede geltend gemacht werden konnte, kann hier dahingestellt bleiben. Denn der Klin. stand gegen den Regreßanspruch auf Grund des vorliegenden Sachverhalts eine Einrede anderer Art zu, welche sie der Einforderung der Schuld dauernd entgegensetzen konnte, nämlich die nach Art. 82 der WO. zulässige Einrede, daß die Erhebung des Regresses durch den Bekl. eine Verletzung der Vertragstreue enthalte.

Der Gläubiger (hier der Bekl.), welcher einen Wechsel in Zahlung nimmt, verpflichtet sich damit, den wechselrechtlichen Weg nach wechselrechtlichen Regeln zu wandeln, um mittels des Wechsels zu seiner Befriedigung zu gelangen[2]). Wechselwidriges Verhalten enthält ein Verschulden, für welches er dem zahlenden Schuldner (Klin.) gegenüber einstehen muß. Dies gilt um so mehr, soweit es sich darum handelt, daß der Gläubiger, der den Wechsel weiter begab, dafür besorgt sein muß, die Valuta behalten zu dürfen. In dieser Hinsicht trifft den Bekln. ein Verschulden. Er konnte, nachdem der Wechsel ihm gegenüber durch Protestverspätung präjudiziert war, ohne weiteres erreichen, daß er die Valuta behalten durfte, indem er die Einlösung des Wechsels seinem Nachmann verweigerte. Er war für seine Schuld bezahlt

[1]) Vgl. RG. 1, 32.

[2]) Grünhut, Wechselrecht II § 113 S. 303.

und in keiner Weise genötigt, das Gezahlte einem Dritten herauszugeben. Tat er dies dennoch, so geschah es nur, weil er versäumt hat, die ihm nach Wechselrecht zustehende Befugnis geltend zu machen. Es wäre eine Verletzung der Vertragstreue, wenn er nach der ihm gewordenen Befriedigung seiner Forderung mittels eines ihm auf Grund des Protesterlasses etwa zustehenden Wechselregreßanspruchs nochmalige Zahlung verlangen wollte, nachdem er durch eigenes Verschulden das Gezahlte wieder verloren hatte. Die Klin. hat somit, indem sie die vom Bekl. verlangte Regreßsumme an diesen bezahlte, eine Verbindlichkeit erfüllt, obwohl dem Regreßanspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen war. (Es wird noch ausgeführt, der Einwand, Klin. habe wissend, daß sie zur Leistung nicht verpflichtet sei, gezahlt, treffe nicht zu).

Urt. des I. Civilsenats vom 7. April 1905 i. S. Burck g. Sihler.

5.

Fahrlässigkeit beim Bergschlittenfahren.

Der Kläger hat Schadensersatz von den Beklagten verlangt, weil sie ihn am 17. Januar 1904 mit dem Bergschlitten auf dem sog. „Königssträßle" bei Stuttgart, während er als Zuschauer dastand, niedergefahren haben und er hiedurch einen Beinbruch mit der Folge längerer Krankheit und Beschränkung in der Erwerbsfähigkeit erlitten hat.

Das sog. „Königssträßle" wurde damals oberhalb und unterhalb der neuen Weinsteige und über diese weg von zahlreichen Bergschlittenfahrern als Schlittenbahn benützt und war hiefür von der Stadtgemeinde Stuttgart freigegeben mit Bestellung eines Aufsehers, der sich aber zur Zeit des Unfalls nicht an dessen Ort befand. Die Sonntagsspaziergänger standen in Menge neben und auf der Bahn und

sahen dem Schlittenfahren zu, namentlich dort, wo die neue Weinsteige das „Königssträßle“ schneidet. Auch der Kläger stand als Zuschauer auf dem „Königssträßle“ etwas oberhalb der Weinsteige auf der rechten Seite von unten gesehen etwa $1^1/_2$ m vom Straßenrand entfernt, der dort in einen Graben abfällt, über welchen in der Nähe ein kleines Brückchen zu einem Seitenweg führt. Der Kläger stand seitwärts von der eigentlichen Fahrbahn der Schlitten, immerhin aber auf dem „Konigssträßle“ selbst.

Der von den beiden damals 17 Jahre alten Beklagten gemeinschaftlich benützte Davoser Bergschlitten bog nun in der Nähe des Standorts des Klägers unversehens nach links aus und fuhr den Kläger zu Boden. Die Beklagten sind zur Bezahlung von zwei Drittel des dem Kläger erwachsenen Schadens verurteilt, die Mehrforderung des Klägers ist abgewiesen worden.

Aus den

G r ü n d e n

des Berufungsurteils:

Daß schon das Befahren der Schlittenbahn überhaupt bei deren abgefahrenem Zustand und bei der Ansammlung der Zuschauer f a h r l ä s s i g gewesen sei, geht nicht mit genügender Sicherheit aus den Umständen hervor. Ein Zeuge hat allerdings aus diesen Gründen die Schlittenbahn verlassen, aber die bestellte Aufsichtsperson hatte keine Veranlassung zum Einschreiten gefunden und Rücksicht auf die Vorübergehenden und auf die andern Schlittenfahrer hat der Fahrende wohl zu nehmen, aber den Zuschauern kann er es, wenigstens in erster Linie, überlassen, sich so aufzustellen, daß sie ungefährdet sind.

Der im untern Teil in der Nähe der Ausmündung auf die Weinsteige, nach den Zeugenaussagen abgefahrene Zustand der steilen Bahn erforderte allerdings Berücksichtigung: wenn ein Schlitten in sehr raschem Lauf, in vollem Schuß, der sich auf vorher glatter und abschüssiger Bahn entwickelt hat, auf eine abgefahrene, blöde Stelle, an welcher Erde

oder Steine zu Tag treten, also auf Hindernisse stößt, so kann er mit großer Gewalt aus der Richtung geworfen werden, was für die Fahrenden und andere gefährlich ist. Es ist nach den Schilderungen der Augenzeugen auch anzunehmen, daß der Verlauf ein solcher war. Der Schlitten fuhr auf der linken, etwas weniger abschüssigen aber immerhin noch steilen und glatten Seite der Bahn herunter, kam in raschem Lauf auf die blöden Stellen und wurde nun plötzlich zur Seite abgelenkt, wobei er den Kläger traf. In diesem Augenblick konnten die beiden Fahrer nichts mehr machen, das ist auch die übereinstimmende Ansicht der Zeugen, es fragt sich jedoch, ob sie es soweit kommen lassen durften. Es ist davon auszugehen, daß ein vorsichtiger Schlittenfahrer die Gewalt über seinen Schlitten nicht verlieren darf und daß er namentlich auf glatter abschüssiger Bahn den Schlitten nicht bis zur Unmöglichkeit eines sofortigen Beiseitelenkens in Schuß kommen lassen darf, wie es sich durch Hinfallen einer Person, durch Umschlagen eines vorausgefahrenen Schlittens u. s. w. als notwendig ergeben kann, daß er aber vollends bei dem Bevorstehen blöder Stellen es nicht darauf ankommen lassen darf, den Schlitten in raschestem Lauf auf diese zu bringen und ein Hinausschleudern des Schlittens mit großer, eine Hemmung ausschließender Gewalt möglich oder sogar wahrscheinlich zu machen. Dies ist um so mehr zu beobachten, je belebter die Bahn und je schwerer der Schlitten beladen ist, aber es ist auch um so eher zu bewerkstelligen, daß der Schlitten nicht in allzu raschen Lauf kommt, wenn zwei Erwachsene, wie im vorliegenden Fall, hemmend einzuwirken vermögen.

Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt, daß der Schlittenfahrer in der ausgeführten Weise die Gewalt über den Schlitten behält.

Im vorliegenden Falle nun ist aus der Schilderung des Hergangs durch die Zeugen, wie er oben wiedergegeben ist und aus dem plötzlichen unaufhaltsamen Ausbiegen des Schlittens aus der Bahn zu schließen, daß die Beklagten den

Schlitten zuvor in einen nach den vorliegenden Verhältnissen zu raschen, insbesondere bei dem ihnen ohne Zweifel bekannten Vorhandensein abgefahrener Stellen im untern Teil der Bahn, übermäßig raschen Lauf haben kommen lassen und so die Gewalt über den Schlitten verloren haben, so daß sie und andere dem Zufall preisgegeben waren. Damit, daß sie es soweit kommen ließen, anstatt in der ausgeführten Weise vorzusorgen, haben sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, also fahrlässig gehandelt: § 276 BGB. und hiedurch haben sie, wie nach dem Verlauf angenommen werden muß, das Niederfahren des Klägers und dessen Verletzung herbeigeführt, jedenfalls mit herbeigeführt. Die Beklagten sind also gemäß § 823 Abs. 1, § 276 BGB. zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet und zwar nach § 830 BGB. vgl. § 840 BGB. (mit sinngemäßer Anwendung) als Gesamtschuldner.

Es fragt sich aber weiter, ob nicht bei der Entstehung des Schadens gemäß § 254 BGB. auch ein Verschulden des beschädigten Klägers mitgewirkt hat.

In dieser Beziehung ist zu berücksichtigen, daß die Vorübergehenden unter Umständen nicht in der Lage sind, sich gegen die Schlittenfahrer zu schützen, daß aber Jemand, der sich zum Zuschauen aufstellt, wie der Kläger nach seiner Darstellung und nach den Zeugenaussagen, Gelegenheit hat, sich einen sicheren Standort auszusuchen. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt würde in dieser Richtung verlangen, daß der Zuschauer sich entweder einen als sicher anzusehenden Platz aussucht oder überhaupt nicht verweilt. Der Kläger stand nun auf dem „Königssträßle“ selbst, zwar nicht innerhalb der gewöhnlich von den Schlitten befahrenen Strecke, aber immerhin auf demselben Straßenkörper und es war ersichtlich, daß Schlitten, die mehr links hielten, auch diesen Platz berühren konnten. Bei richtigem Weiterfahren wären die Beklagten allerdings ohne weiteres an dem Kläger vorbeigekommen, aber eine schnelle Ablenkung des Schlittens, die nicht sofort berichtigt werden kann, ist immerhin ein Um-

stand, den auch der Zuschauer in Rechnung nehmen muß, weshalb er sich nicht in einer für solche Ablenkungen leicht erreichbaren Nähe der Fahrbahn aufstellen sollte und einen solchen Platz jedenfalls nicht für gesichert ansehen kann.

Unter diesen Umständen ist anzunehmen, daß auch der Kläger bei seiner Aufstellung und bei seinem Verweilen als Zuschauer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat und es ist nach dem geschilderten Verlauf auch als bewiesen anzusehen, daß er hiedurch seine Verletzung mit herbeigeführt hat, daß also bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat § 254, § 276 BGB.

Urt. des I. Civilsenats vom 17. März 1905 i. S. Rompel g. Speidel.

6.

Haftung des Tierhalters (§ 833 BGB.).

Aus den den Sachverhalt ergebenden

Gründen

eines Berufungsurteils:

Die Parteien sind darüber einig, daß die unmittelbare Ursache der Verletzung des Kls., wegen welcher dieser (neben dem württ. Landesfiskus) den Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, darin zu erblicken ist, daß das dem Bekln. gehörige, von ihm im Sinn des § 833 BGB. „gehaltene" Pferd in der Nähe der Bahnlinie Rot a. See-Crailsheim beim Ausfahren eines Zugs scheute und mit dem Fuhrwerk, in welchem der Kl. mit seinem Gehilfen K. saß, durchging, also sich der Lenkung durch den Kutscher (den Knecht des Bekln.) entzog (obwohl dieser die Zügel noch festgehalten und mit denselben das Pferd zu bemeistern gesucht haben mag) und daß bei diesem Durchgehen und infolge desselben das Fuhrwerk umgeworfen und der Kl. herausgeschleudert wurde.

Dieser unbestrittene äußere Hergang begründet an sich — unter dem Gesichtspunkt der Lehre vom ursächlichen Zusammenhang betrachtet — die Annahme, daß das Pferd die Körperverletzung des Kls. herbeigeführt habe, wie es der § 833 des BGB. erfordert, um den Tierhalter als für den verursachten Schaden haftbar erscheinen zu lassen. Eine unmittelbare Einwirkung des Pferds auf den Körper des Kls. war nicht notwendig, um die Verletzung als durch das Pferd verursacht ansehen zu können. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Pferds und der Verletzung des Kls. wäre auch — wie schon der Vorderrichter zutreffend ausgeführt hat — nicht als unterbrochen zu betrachten, wenn die letzte Ursache des Umfallens des Wagens und der hiebei eingetretenen Beschädigung des Körpers des Kls. in dem Aufprallen des Wagens auf ein in der Fahrbahn befindliches Hindernis erblickt werden müßte. Andererseits wird auch die Haftung des Bekln. als Tierhalters nicht schon von selbst und ohne weiteres dadurch beseitigt, daß das Scheuwerden seines Pferds, wie unter den Parteien als unbestritten feststeht, wiederum auf eine entferntere Ursache, nämlich auf die Dampfentwicklung einer Lokomotive, zurückzuführen ist; denn nach der Lehre vom ursächlichen Zusammenhang ist es ganz wohl möglich, daß zur Entstehung eines Schadens mehrere Ursachen neben einander mitgewirkt haben, und es ist auch rechtlich nicht daran zu zweifeln, daß die Haftung des Tierhalters mit der gleichzeitigen Haftung einer — aus anderem Rechtsgrund für die Verursachung desselben Schadens verantwortlichen (natürlichen oder juristischen) Person wohl vereinbar ist[1]).

Der Bekl. macht aber geltend: der im vorliegenden Fall entstandene Schaden sei nicht durch das Pferd, sondern ausschließlich durch das in diesem Fall besonders heftige und besonders geräuschvolle Ausströmen von Dampf aus der Lokomotive verursacht; dieser gleichzeitig auf das

[1]) Vgl. RG. Bd. 53 S. 115. WürttJ. Bd. 15 S. 24. Scherer, Komm. z. BGB. Bd. 2 S. 1319, auch Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 813.

Gesicht und das Gehör des Pferds vollständig unerwartet einwirkenden Erscheinung habe das Pferd nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können; sein Scheuen und Durchgehen habe nicht mehr ein willkürliches, sondern ein unwillkürliches Verhalten dargestellt; für die Folgen eines derartigen — als höhere Gewalt zu bezeichnenden — Ereignisses sei der Tierhalter nicht haftbar zu machen. Soweit der Bekl. diesem seinem Vorbringen zufolge Gewicht darauf legt, daß nicht ein willkürliches, sondern ein unwillkürliches Verhalten des Pferds für den eingetretenen Erfolg kausal geworden sei, braucht nicht untersucht zu werden, inwieweit es berechtigt ist, bei einem Tier einen Unterschied zwischen willkürlichen und unwillkürlichen d. h. zwischen einem geflissentlich gewollten und einem nicht als Willensbetätigung erscheinenden Verhalten zu machen, denn daß für die Anwendung des § 833 des BGB. nicht ein „gewolltes“ Tun des Tieres erfordert wird, daß vielmehr der Tierhalter beispielsweise auch für das infolge eines Bremsenstichs „unwillkürlich“ ausschlagende Pferd einzustehen hat, steht außer Zweifel.

Dagegen kann freilich von der Verursachung eines Schadens durch das Tier nicht gesprochen werden, wenn das schadenstiftende Tier nicht aus der ungehemmten (sei es normalen, sei es krankhaften) Betätigung der tierischen Natur entsprungen, vielmehr unter Bezwingung dieser Natur dem Tier von außen aufgenötigt ist, sei es, daß das Tier lediglich der Lenkung oder sonstigen Einwirkung des Menschen gehorcht (gewissermaßen als dessen Werkzeug), sei es, daß es (nicht zufolge der Funktion seines Organismus, vielmehr) zufolge der äußeren Einwirkung einer Naturgewalt z. B. zufolge eines ihm von einem herabfallenden Gegenstand versetzten Stoßes oder (z. B. beim Durchbrechen der Unterlage, auf der es sich befindet) vermöge des Gesetzes der Schwere — in gewissem Sinn als widerstandsunfähige Masse — fortbewegt wird. Eine solche Art der Fortbewegung des Pferds des Beklagten kommt für den vorliegenden Fall nicht in Be-

tracht; dagegen behauptet der Bekl.[1]), das äußere Ereignis der Dampfentwicklung der sich in Bewegung setzenden Lokomotive habe auf die Sinne seines Pferds mit einer Gewalt eingewirkt, welcher Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen „in der Regel" (diese Worte „in der Regel" fand er für nötig den reichsgerichtlichen Ausführungen einzufügen) nicht widerstehen können, und es habe nur im Zustand dieses Zwangs Schaden gestiftet.

Der zur Entscheidung stehende Fall macht es nicht erforderlich, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Haftung des Tierhalters wirklich in allen Fällen verneint werden kann, wo das Tier unter dem Zwang eines für die betr. Tiergattung geltenden physiologischen Gesetzes gehandelt hat (ob beispielsweise das ganze Gebiet der reinen Reflexerscheinungen, bei welchen die Einwirkung auf einen bestimmten Nervenstrang ohne Vermittlung der Gehirntätigkeit gewisse organische Funktionsäußerungen auslöst, als der Anwendung des § 833 BGB. entzogen angesehen werden muß). Unzulässig ist es jedenfalls, wenn der Bekl. den vom Reichsgericht aufgestellten Satz erweiternd dahin auslegen will: der Tierhalter habe ein schadenstiftendes Verhalten seines Tiers auch schon dann nicht zu vertreten, wenn anzunehmen sei, daß von allen unter denselben Lebensbedingungen aufgewachsenen Tieren derselben Gattung (z. B. von allen vorzugsweise in landwirtschaftlichen Betrieben aufgewachsenen Pferden) die Mehrzahl bei Einwirkung desselben äußeren Ereignisses dasselbe Verhalten beobachtet haben würden, wie das in concreto schadenstiftende Tier; denn von einem *eine bestimmte Tiergattung beherrschenden* physiologischen *Gesetz* kann doch sicher nur gesprochen werden, wenn nicht bloß die Mehrzahl, sondern die Gesamtheit der Tiere der betr. Gattung auf eine bestimmte äußere Einwirkung *in gleicher Weise* reagiert, nicht aber dann, wenn die Wirkung des äußeren Ereignisses bei den einzelnen Tieren der

[1]) Unter Berufung auf RG. Bd. 54 S. 74.

Gattung je nach ihrer Abstammung, ihrem Alter, ihrer Gewöhnung und ihrer jeweiligen Stimmung eine verschiedene ist. In diesem Sinn kann gewiß nicht gesagt werden, daß das Pferd (als Gattung) beim Zischen und Dampfen einer Lokomotive — mag dieses Zischen und Dampfen auch noch so heftig und unerwartet auftreten — kraft physiologischen Gesetzes scheuen und durchgehen müsse, da es offenkundige Erfahrungstatsache ist, daß viele Pferde nicht nur die im Eisenbahnbetrieb vorkommenden Geräusche u. s. w., sondern noch viel nervenerschütterndere Ereignisse, wie z. B. das Getöse einer Schlacht, zu ertragen, jedenfalls aber binnen kurzer Frist sich daran zu gewöhnen vermögen. Ueberhaupt ist das Scheuen und Durchgehen des Pferds nicht als eine unter Bezwingung der tierischen Natur erfolgende Funktionsäußerung, sondern gerade recht eigentlich als freie Betätigung der tierischen Natur zu betrachten. Es ist auch keineswegs als eine sämtlichen Pferden zukommende Eigenschaft anzusehen, was im Pferdehandel dadurch am deutlichsten zum Ausdruck kommt, daß hier die Neigung zum Scheuen und Durchgehen nicht als das Normale, sondern als ein Mangel behandelt wird, für dessen Abwesenheit der Käufer sich häufig Garantie leisten läßt.

Hienach ist davon auszugehen, daß in dem zur Entscheidung stehenden Fall das mit Geräusch erfolgende Ausfahren des Zugs nur den Anstoß zu dem — im übrigen unter freier Betätigung der tierischen Natur vor sich gegangenen — schadenstiftenden Gebahren des Pferds des Bekl. gegeben hat, daß dieses Gebahren dem Pferd also nicht durch ein die Tiergattung Pferd überhaupt beherrschendes Naturgesetz aufgezwungen war.

Auch bei Zugrundlegung des von ihm angezogenen Satzes kann daher der Bekl. nicht geltend machen, daß die Verletzung des Kls. nicht durch sein (des Bekln.) Pferd verursacht oder doch mitverursacht sei[1]).

---

[1]) Vgl. namentlich auch noch RG. Bd. 54 S. 407.

Was aber schließlich noch die vom Bekl. durch die nähere Begründung seines obenerwähnten Einwands in Anregung gebrachte Frage anlangt, ob die Haftung des Tierhalters in Fällen der Einwirkung einer höheren Gewalt d. h. dann als ausgeschlossen anzusehen sei, wenn selbst bei Anwendung der äußersten, unter den gegebenen Umständen nach vernünftiger Verkehrsanschauung gebotenen Vorsicht und Sorgfalt der eingetretene Erfolg nicht hätte vermieden werden können, so ist diese Frage, soweit sie mit der Frage der Verursachung des Erfolgs durch das Tier im Zusammenhang steht, im Vorstehenden bereits behandelt[1]). Im übrigen sagt das Gesetz selbst — abweichend von anderen Gesetzesbestimmungen z. B. § 1 des Haftpflichtgesetzes — nichts darüber, daß der Tierhalter, für dessen Haftung das Gesetz ja ohnedies kein Verschulden erfordert, sich durch den Nachweis der Einwirkung einer höheren Gewalt von seiner Haftung befreien könne. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt keinen Anhalt dafür, daß dem Tierhalter zur Abwendung seiner Haftung die Berufung auf höhere Gewalt (z. B. auf die nicht vorhersehbare Zerstörung des Behältnisses, in dem er gefährliche Tiere verwahrte) habe nachgelassen werden wollen. (Ein in der Kommission für die 2. Beratung des I. Entwurfs des Gesetzbuchs gestellter Antrag, die Haftung des Tierhalters auszuschließen, wenn „der Schaden infolge höherer Gewalt entstanden" sei, wurde in der Kommission mit der Begründung abgelehnt: wegen Unbestimmtheit des Begriffs sei die Frage nach der Einwirkung der höheren Gewalt nicht im Gesetz zu regeln, sondern der Wissenschaft zu überlassen)[2]). Der höchste deutsche Gerichtshof hat denn auch bei Anwendung des Gesetzes — abgesehen von den schon oben behandelten Fällen, in welchen wegen Hemmung der freien Betätigung der tierischen Natur das Tier nicht als Verursacher eines schädlichen Erfolgs angesehen werden könne — der sog. höheren Gewalt bis

[1]) Anm. d. Red. Vgl. RG. 54 nr. 104 S. 408.

[2]) Vgl. Protokolle Bd. 2 S. 646/48.

jetzt noch nie einen Einfluß auf die Haftung des Tierhalters zugestanden, er hat vielmehr schon ausdrücklich ausgesprochen[1]: dem Tierhalter und dem Jagdberechtigten sei — im Unterschied von den nach § 1 des Haftpflichtgesetzes haftbaren Personen — der Einwand, daß der Schaden auf höhere Gewalt zurückzuführen sei, versagt.

Auch zu dieser Frage ist jedoch nach der Beschaffenheit des der Entscheidung unterstellten Falls eine Stellungnahme nicht geboten; denn auch wenn dem Tierhalter im Prinzip die Berufung auf höhere Gewalt zuzugestehen wäre, könnte doch der Bekl. nicht mit Grund behaupten: der Unfall des Klrs. hätte sich auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt von seiner (des Bekl.) Seite nicht vermeiden lassen. Daß sein Pferd bei der unternommenen Fahrt die Bahnlinie zu passieren hatte, hat er natürlich gewußt. Wenn nun dieses Pferd — wie er vorbringt —, seit es bei ihm war, nur selten an die Bahn kam und wenn es, wie er zugibt, von der Neigung zum Scheuen (z. B. an den Schutzdächern der Straßenwärter) nicht vollständig frei war, so mußte er mit der Möglichkeit rechnen, daß es auch an einem aus- oder einfahrenden Zug scheuen und infolge dessen durchgehen könne. Vorkehrung hiegegen konnte — zumal, da der Bekl. in der Lage war, sich auch von der Ankunfts- und Abfahrtszeit der Züge zu unterrichten — ohne Schwierigkeit getroffen werden. Wenn daher der Kutscher des Bekln., den der Bekl. erforderlichenfalls noch besonders hätte instruieren müssen, der Bahnlinie an der — nach des Bekln. eigenen Darstellung auch für sonst gutartige Pferde nicht unbedenklichen — Stelle sich gerade zu einer Zeit näherte, zu welcher fahrplanmäßig die Ausfahrt eines Zugs aus der Station R. zu erwarten war, so bildete die dann tatsächlich erfolgte Ausfahrt eines Zugs für den Bekln. nach der schon gegebenen Begriffsbestimmung keine höhere Gewalt.

Urt. des II. Civilsenats vom 23. März 1905 i. S. Wirth g. Rüdt.

[1] Vgl. RG. Bd. 53 S. 122.

7.

Unfall „beim Betrieb“ einer Eisenbahn?

Der Ehemann bezw. Vater der Kl., E. G., Arbeiter im Sägwerk der Firma F. und O. in N., ist am 13. Mai 1904 Abends etwa um 1/28 Uhr auf den Geleisen des Bahnhofs N. durch einen Eisenbahnwagen überfahren worden und an den erlittenen Verletzungen am folgenden Tag gestorben. Die Kl., zu deren Unterhalt G. gesetzlich verpflichtet war, haben auf Grund des § 1 des Haftpflichtgesetzes vom Bekl. Ersatz des Schadens verlangt. In betreff des Hergangs bei dem Unfall G.s war folgendes unbestritten: am fraglichen Abend standen 2 Eisenbahnwagen, beladen mit Schnittwaren der Firma F. und O. an der Verladerampe des Bahnhofs N., die noch mit dem gegen 8 Uhr abgehenden Güterzug befördert werden sollten. Um dies zu ermöglichen, mußten sie zunächst auf ein anderes Geleise verbracht werden, um zur Stationswage zu gelangen. Dies wurde auf Anordnung des dabei anwesenden H. F. je mit Hilfe der beiden Pferde der Firma, die vorgespannt wurden, bewerkstelligt. Bei der Verbringung des zweiten Wagens blieb G., als er, um die Ketten der Pferde vom Wagen loszumachen, das Geleise betreten hatte, beim Verlassen des Geleises an der Leitschiene hängen, der Wagen, von dem die Pferde losgekoppelt waren, bewegte sich weiter und drückte dem G., der sich vergeblich loszumachen suchte, die Unterschenkel ab.

Die Kl. haben nun geltend gemacht, G. sei beim Betrieb der Eisenbahn ohne eigenes Verschulden verunglückt und der Bekl. daher für den Schaden haftbar.

Der Bekl. hat dagegen ausgeführt: der Unfall habe sich nicht beim Betrieb der Staatseisenbahn ereignet und G. habe ihn durch eigenes Verschulden herbeigeführt.

In ersterer Beziehung hat der Bekl. geltend gemacht: die Firma F. und O., die unbestrittenermaßen vertragsmäßig verpflichtet ist, beim Verwägen der von ihr verladenen Wagen

auf der Station N. Beihilfe zu leisten, habe entgegen der bestehenden, ihr und ihren Arbeitern bekannten und bisher von ihr stets eingehaltenen Vorschrift die Verschiebung der Wagen selbständig, ohne Mitwirkung und Aufsicht von Stationsbeamten vorgenommen.

Es wurde nach dem Klagantrag erkannt. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Mit Unrecht bestreitet der Bekl., daß G. beim Betrieb der württ. Staatsbahn getötet worden ist. Der Unfall hat sich räumlich auf den von der Staatseisenbahn benützten und zu ihrer ausschließlichen Benützung erstellten Geleise-Anlagen ereignet und ferner bei einer Handlung, die zur Vorbereitung eines Eisenbahntransports des Bekl. zu dienen bestimmt war, und durch Material (einen Wagen) des Bekln. Sofern die Firma F. und O. mit Wissen und Willen der Bahnverwaltung auf den Schienen Wagen mittels Pferden bewegte — in Ausführung der ihr vereinbarungsgemäß obliegenden Verpflichtung, bei Verwägung der von ihr verladenen Wagen der Bahnverwaltung Beihilfe zu leisten, — könnte selbstverständlich kein Zweifel darüber sein, daß sich der Unfall beim Betrieb der württ. Staatseisenbahn zugetragen hat, auch wenn etwa die Vornahme der betreffenden Handlung nicht in ganz vorschriftsmäßiger Weise erfolgt sein sollte.

Bekl. macht nun geltend: die Firma F. und O. habe die in Rede stehende Handlung ohne Wissen und Willen der Organe des Bekln., der Bahn-Angestellten in N., vorgenommen. Allein aus den eigenen Angaben der Bahnbediensteten im Verwaltungsverfahren, die der Bekl. seiner Darstellung zu Grund legt, ergibt sich, daß diese Bahnbediensteten gegen das Vorgehen der genannten Firma nichts eingewendet haben, daß es nicht gegen deren Willen erfolgt ist: nach den Angaben des H. und R. ist schon der erste Wagen in gleicher Weise wie der zweite, bei dessen Heranbringung G. verunglückt ist, mit Pferden zur Bahnwage gezogen worden, ohne

daß hiegegen von den Bahn-Angestellten etwas erinnert wörden ist; H. hat sodann, wie sich aus seinen Aussagen ergibt, gesehen, wie der zweite Wagen ohne Mitwirkung eines Bahnbediensteten von den Leuten der Firma F. und O. mit deren Pferden zur Bahnwage herangezogen wurde, und er hat dem ruhig zugesehen, ohne diese Leute von ihrem Tun abzuhalten oder zu erkennen zu geben, daß er mit diesem Vorgehen nicht einverstanden sei; es ist auch nicht behauptet, daß nach dem Unfall ein Bahnbeamter dem F. sein Vorgehen als unerlaubt oder ordnungswidrig vorgeworfen oder ihm untersagt hätte, je wieder in solcher Weise zu verfahren. Das Heranführen des fraglichen Wagens ist also unter stillschweigender Billigung der Bahnbeamten so, wie geschehen, erfolgt und demgemäß hat sich der Unfall beim Betrieb der württ. Staatsbahn ereignet. Jedenfalls hat H. F. in der begründeten Annahme gehandelt, die Bahnverwaltung werde sein Vorgehen gutheißen; er ist ja — wie die Zeugenaussage des R. im Prozeß ergeben hat — ebenso verfahren wie dies der Fall war, wenn ein Wagen unter Mitwirkung eines Bahnbediensteten mit Pferden herangeführt wurde; eine an sich zum Betrieb der Bahn gehörige und ihm zu dienen bestimmte Handlung, wie die Fortbewegung zu verwägender Wagen zur Bahnwage, fällt aber nicht schon deshalb aus dem Betrieb der Bahn hinaus, weil statt der Bediensteten der Bahn eine vertragsmäßig zur Beihilfe bei solchen Arbeiten verpflichtete Person die betreffende Handlung ohne vorgängige Verständigung mit der Bahnverwaltung vornimmt, wie ja auch eine von Bahnbediensteten in ordnungs- oder instruktionswidriger Weise vorgenommene, an sich zum Bahnbetrieb gehörige Handlung wegen dieser Ordnungswidrigkeit nicht aufhört, „beim Betrieb“ der Bahn geschehen zu sein.

Urt. des I. Civilsenats vom 28. April 1905 i. S. Fiskus g. Genthner.

8.

Wirkung der Suspension eines Körperschaftsbeamten, gegen den nicht auf Dienstentlassung erkannt wird, auf den Bezug der Gebühren, die ihm während der Suspension zugefallen wären.

Der Kl. — Stadtschultheiß in H. — war längere Zeit vom Amt suspendiert, schließlich wurde aber im Disziplinarverfahren nicht auf Dienstentlassung, sondern nur auf eine Ordnungsstrafe gegen ihn erkannt. Er hat nun gegen die Gemeinde auf Nachzahlung der Gebühren (aus dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit) geklagt, die er in der Zeit seiner Suspension bezogen hätte, wenn er nicht suspendiert gewesen wäre. Die Gemeinde hat den Klaganspruch bestritten, ist aber dem Klagantrag gemäß verurteilt worden.

In den

Gründen

des Berufungsurteils ist zunächst ausgeführt, daß es sich bei den fraglichen Gebühren um „ständige Bezüge" i. S. des Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes handle (diese Ausführung ist nicht mehr von praktischem Interesse, infolge der Aenderung der Organisation der freiwilligen Gerichtsbarkeit); sodann wird fortgefahren:

Wie sich aus vorstehendem ergibt, steht die Zulässigkeit des Civilrechtswegs für den vom Klr. verfolgten Anspruch fest. Es ist jetzt zu prüfen, ob der Anspruch sachlich begründet ist, insbesondere welchen Einfluß die gegen den Klr. im Disziplinarverfahren verfügte Suspension und der Umstand, daß er während der Dauer der Suspension keine Dienste als Ortsvorsteher geleistet hat, auf seinen Anspruch gehabt hat. Das Gesetz vom 21. Mai 1891 betreffend die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften bestimmt in Art. 56 Abs. 2, daß hinsichtlich der Disziplinarbestrafung der Gemeindebeamten wegen Dienstvergehen die Bestimmungen in Art. 70 bis 115 des Beamtengesetzes

vom 28. Juni 1876 entsprechende Anwendung finden sollen. Ueber die Wirkung, welche die Suspension eines Gemeindebeamten auf seine dienstlichen Ansprüche ausüben soll, treffen die Art. 68 und 69 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 besondere Bestimmungen. Der Klr. bestreitet die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen mit der Begründung, daß die ihm zur Last gelegten und zum Gegenstand eines Disziplinarverfahrens gewordenen Handlungen, wenn nicht ausschließlich so doch jedenfalls zum weitaus größten Teil vor dem Inkrafttreten des Gesetzes — dem 1. Dezember 1891 — begangen wären und die Rückwirkung des Gesetzes vom Gesetzgeber nicht ausgesprochen sei. Der Senat vermag diese Ansicht nicht zu teilen. Es handelt sich hier um Anwendung der Bestimmungen des vierten Kapitels, welche die „Handhabung der Disziplin über die Beamten der Gemeinden" u. s. w. regeln, und es liegt in der besonderen Natur des Disziplinarrechts, daß es auch auf früher begangene Dienstvergehen Anwendung findet, selbst wenn das betreffende Gesetz sich nicht ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegt. Die Grundsätze des Strafrechts, welche bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung Platz greifen, — StrGB. § 2 — finden hieher keine Anwendung. Ebensowenig ist es zulässig, im vorliegenden Falle die Frage, ob das frühere oder jetzige Recht Anwendung zu finden habe, nach den privatrechtlichen Regeln über die Einwirkung eines neuen Gesetzes auf die vor seinem Inkrafttreten entstandenen Schuldverhältnisse zu entscheiden. Durchschlagend für die Anwendung des neuen Rechts ist aber die Bestimmung in Art. 2 Z. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876: „die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein öffentlicher Diener aus seinem Amt zu entfernen ... oder vorläufig seines Dienstes zu entheben sei, sind für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend". Die Regierung des Neckarkreises, welche am 24. Februar 1892

mit Eröffnung des Disziplinarverfahrens die Suspension des Klrs. mit hälftigem Gehaltsabzug verfügt hat, wollte damit zweifellos eine Suspension im Sinne des Art. 110 ff. des Beamtengesetzes vgl. mit Art. 56; 67—69 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 anordnen. Hiemit sind die Voraussetzungen für Anwendung des erwähnten Art. 2 Z. 1 Abs. 2 gegeben. Die Vorschrift dieses Artikels bedeutet nicht bloß, daß der Civilrichter die ergangene Entscheidung der Disziplinar- und Verwaltungsbehörde als eine von ihm nicht rückgängig zu machende Tatsache anzuerkennen, sondern daß er jene Entscheidung als rechtlich begründet anzusehen und von diesem Standpunkt aus die Ansprüche des Beamten zu würdigen habe.

Die Frage bedarf übrigens einer näheren Erörterung nicht. Denn der Klaganspruch ist (in der Hauptsache) auch dann begründet, wenn die Suspension des Klrs. — entgegen seiner Auffassung — zu Recht erfolgt ist und ihre vermögensrechtlichen Wirkungen nach dem Gesetze vom 21. Mai 1891 bezw. den von diesem in Bezug genommenen Gesetze zu beurteilen sind.

Das württ. Beamtengesetz unterscheidet in Art. 11 bei dem mit dem Amte verbundenen Einkommen 1) den Gehalt, 2) etwaige Zulagen, 3) die Nebenbezüge. Die Zulagen Z. 2 kommen im vorliegenden Fall nicht in Frage. Was die Nebenbezüge Z. 3 betrifft, so kommen hier nur die „Gebühren" in Betracht, welche in Z. 3 lit. b unter die „Amtsemolumente" gerechnet sind. Das Gesetz bringt zweifellos zum Ausdruck, daß die einem Beamten zukommenden Gebühren im a l l g e m e i n e n nicht zu seinem Gehalte gehören. Sie fallen daher auch für die Regel nicht unter die Bestimmungen der Art. 111—113 des Beamtengesetzes über die Innebehaltung und Nachzahlung des G e h a l t s (und etwaigen Zulagen). Andererseits enthält das Gesetz keine Bestimmung, aus welcher zu entnehmen wäre, daß zum „Gehalt" nur die in einer festen Summe, also ziffermäßig bestimmten Bezüge, bei denen ein Schwanken nach unten oder

oben von vornherein ausgeschlossen ist, zu rechnen seien. Daß nach dem Sprachgebrauch der württ. Rechtsquellen unter dem „Gehalt" auch nicht in fester Summe bestimmte Bezüge mitbegriffen sind, geht u. a. gerade aus Art. 68 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 hervor.

Dieser Artikel spricht von den in fester Summe bestimmten „Gehaltsteilen" der Körperschaftsbeamten, geht also davon aus, daß es auch Gehaltsteile gibt, die nicht in fester Summe bestimmt sind. Es ist also nicht zu bezweifeln, daß unter die Bestimmung der Art. 111—113 des Beamtengesetzes auch solche Bezüge fallen können, die nicht in einer festen Summe bestimmt, sondern Aenderungen in der Höhe unterworfen sind. Grundsätzlich ausgeschlossen ist die Anwendung dieser Artikel nur bei den in Art. 11 Abs. 1 Z. 3 aufgeführten „Nebenbezügen", die eben nach dem klaren Wortlaut dieses Artikels nicht unter den Begriff des Gehaltes fallen. Zu diesen Nebenbezügen gehören an sich allerdings auch die Gebühren. Der Senat ist aber der Ansicht, daß der Gebührenbezug in einer Weise geregelt sein kann, daß dieser Teil des Diensteinkommens nichts anderes ist als ein Teil des „Gehalts" im Sinne der Art. 11 Abs. 1 Z. 1 und 111 bis 113 des Beamtengesetzes und dies trifft zweifellos zu bei dem streitigen Anspruch des Klrs. Alle Erwägungen, die nach den[1]) Ausführungen Z. 3 oben die Annahme begründen, daß der in Frage stehende Teil des klr. Diensteinkommens zu den „ständigen Bezügen" im Sinne des Art. 2 Z. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gehört, führen mit logischer Notwendigkeit zu der weiteren Feststellung, daß dieser Teil auch unter den „Gehalt" des Klrs. im Sinne des Art. 111 des Beamtengesetzes fällt. Wäre daher nur die Bestimmung des Beamtengesetzes auf vorliegenden Fall anzuwenden, so hätte zwar die Hälfte der streitigen Beträge nach erfolgter Suspension des Klrs. innebehalten werden dürfen; diese Hälfte wäre ihm aber nach Art. 113 Abs. 2

[1]) Nicht abgedruckten. Anm. d. Red.

des Gesetzes, da der Klr. nur mit einer Ordnungsstrafe — Geldstrafe von 100 Mk. — belegt worden ist und die eingeklagten Beträge zur Deckung der Untersuchungs- und Strafvollzugskosten und der Geldstrafe auch nicht zum Teil erforderlich waren, nach Aufhebung der Suspension in voller Höhe nachzubezahlen gewesen.

Da auf den Klr. auch das Gesetz vom 21. Mai 1891 Anwendung findet, so fragt es sich, ob und inwieweit eine andere Beurteilung als die aus der Anwendung des Beamtengesetzes sich ergebende gerechtfertigt ist.

Der Art. 68 des Gesetzes von 1891 schließt die Anwendung der Art. 111—113 des Beamtengesetzes aus bei den Gebühren, welche einzelnen Klassen der Körperschaftsbeamten für gewisse Dienstverrichtungen zukommen und bei „sonstigen unständigen Bezügen“. Darüber, was nun bezüglich dieser Gebühren und sonstigen unständigen Bezüge Rechtens sein soll, wäre an sich eine zweifache Auffassung möglich. Es wäre denkbar, daß das Gesetz habe anordnen wollen, daß diese Bezüge auch während der Dauer der Suspension des Körperschaftsbeamten diesem geschuldet werden, daß das Recht auf sie unabhängig sein soll vom Ausgang des Disziplinarverfahrens, daß sie demnach auch ausgeschlossen sein sollen von der Maßregel „der Innebehaltung“, nicht n a c h bezahlt, sondern bezüglich des Zeitpunktes der Zahlung genau so behandelt werden sollen, wie wenn der Beamte nicht suspendiert, sondern noch in Ausübung seines Amts begriffen wäre.

Andererseits aber konnte der Gesetzgeber auch von der Auffassung ausgehen, daß ein Anspruch auf die in Art. 68 erwähnten Gebühren und sonstigen unständigen Bezüge während der Dauer der Suspension überhaupt nicht zur Entstehung kommen soll, so daß schon aus diesem Grunde der durch Art. 111 des Beamtengesetzes vorgesehene Schwebezustand der „Innebehaltung“ und eine N a c h zahlung überhaupt nicht in Frage kommen kann. Daß der Gesetzgeber diese zweite Auffassung hat zum Ausdruck bringen wollen, ergeben mit

voller Gewißheit die Motive zu Art. 62 — jetzt 68 — des Gesetzes von 1891[1]).

Sie lauten:

„Bei einzelnen Körperschaftsbeamten besteht ein (vielleicht nicht unerheblicher) Teil ihres dienstlichen Einkommens in Gebühren für einzelne Dienstverrichtungen oder sonstigen unständigen Bezügen (Taggelder und dergl.). Wollte man diese Bezüge gleich dem festen Gehalt behandeln, so hätte dies zur Folge, daß nicht bloß die Hälfte aller während der Dauer der Suspension anfallenden Bezüge jener Art dem suspendierten Beamten auszufolgen, sondern im Fall seiner Freisprechung der ganze noch rückständige Betrag demselben nachzubezahlen wäre. Es würde dies nicht nur eine Reihe von Zweifeln und Streitigkeiten hervorrufen, sondern es würde auch mit dem Prinzip des Gebührensystems im Widerspruch stehen, wonach die Gebühren eine Vergütung für besondere Mühewaltungen des Beamten bilden und daher auch nur demjenigen zufließen sollen, welcher sich der Mühewaltung unterzogen hat. Bei den Staatsbeamten steht es außer Zweifel, daß unständige Bezüge nicht zu dem Gehalt im Sinne der Art. 111—113 des Beamtengesetzes zu zählen sind. Bei den Körperschaftsbeamten ist die gleiche Behandlung gerechtfertigt, eine ausdrückliche Bestimmung darüber aber bei der größeren Bedeutung, welche den unständigen Bezügen im Gehaltssystem dieser Beamten zukommt, nicht überflüssig. Derartige Bezüge fallen daher dem Stellvertreter eines suspendierten Körperschaftsbeamten insoweit endgültig zu als deren Voraussetzungen in seiner Person eingetreten sind. Eine teilweise Aus- oder Nachzahlung derselben für die Zeit der Suspension hat der suspendierte Beamte nicht zu beanspruchen".

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten hat beantragt, den Art. 62 (jetzt 68) „aus den in den Motiven

---

[1]) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1890—1891; 1 Beilagenband 2 Abt. S. 431.

des Entwurfs vorgetragenen Gründen" zuzustimmen[1]).

Aus den Motiven geht klar hervor einerseits, daß ein Anspruch auf Gebühren und sonstige unständige Bezüge während der Dauer der Suspension überhaupt nicht zur Entstehung kommen soll, andererseits aber, daß dieser Grundsatz nur Anwendung finden soll bei solchen Gebühren, welche für besondere einzelne Dienstverrichtungen zu bezahlen sind und hiemit den Charakter „unständiger Bezüge" bewahrt haben. Die im Streit befindlichen Bezüge aber haben wie oben gezeigt gar nicht mehr die Eigenschaft unständiger Bezüge, sie sind vielmehr ständige Bezüge, Teile des Gehalts des Klägers.

Wenn der Art. 68 die Anwendung der Art. 111 bis 113 des Beamtengesetzes auf „Gebühren und sonstige unständige Bezüge" ausschließt, diese Artikel dagegen „nur" anwendbar erklärt auf die in fester Summe bestimmten Gehaltsteile, so hat hiebei der Art. 68 lediglich den Gegensatz zwischen diesen Gehaltsteilen und den unständigen Bezügen im Auge. Es gibt aber wie oben gezeigt noch eine dritte Kategorie von Bezügen, nämlich ständige Bezüge, welche zum Gehalt gehören und nicht in fester Summe bestimmt sind. Ueber diese dritte Kategorie von Bezügen hat das Gesetz von 1891 überhaupt keine Bestimmung getroffen. Nach Art. 56 Abs. 2 des Gesetzes von 1891 greifen daher für diese Kategorie die Bestimmungen des Beamtengesetzes, insbesondere Art. 111—113 Platz. Wenn Art. 68 hienach eine Lücke zeigt, so liegt darin durchaus nichts Auffälliges. Denn bei der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse konnte der Gesetzgeber unmöglich die Absicht haben, die Wirkungen der Suspension bezüglich sämtlicher Teile des Diensteinkommens der Körperschaftsbeamten erschöpfend zu regeln. Das Beamtengesetz selbst legt sich in dieser Richtung noch viel größere Beschränkungen auf; es regelt nur die Wirkungen der Suspension auf den Gehalt

[1]) Verh. d. Kammer der Abg. a. a. O. S. 533.

und die Zulagen, darüber was das Schicksal der übrigen Teile des Diensteinkommens des Beamten im Falle der Suspension sein soll, enthält dieses Gesetz gar keine Bestimmung.

Urt. des II. Civilsenats vom 16. März 1905 i. S. Heilbronn g. Hegelmaier.

9.

Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 344 Abs. 2 (Art. 274 Abs. 2 a. F.) HGB.?

Die Darlehensklage gegen die Konkursmasse der offenen Handelsgesellschaft A. und W. stützte sich auf einen Schuldschein, der unterzeichnet war: „Der Ehemann: F. A.
C. W.
Die Ehefrau: N. W.
M. A.“

Der beklagte Konkursverwalter bestritt, daß die offene Handelsgesellschaft Darlehensschuldnerin geworden sei. Es wurde nach dem Klagantrag erkannt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Es fragt sich, ob der Schuldschein im Namen der Gesellschaft gezeichnet worden ist. Daß die beiden Frauen nicht im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, versteht sich von selbst und ist außer Streit. Anlangend nun aber die Gesellschafter selbst, so bejaht der Unterrichter die aufgeworfene Frage, indem er ausführt: die Präsumtion des Art. 274 Abs. 2 HGB. a. F. werde dadurch keineswegs ausgeschlossen, daß die beiden Gesellschafter den Schuldschein nur mit ihrem bürgerlichen Namen ohne Beisetzung ihrer Firma unterzeichnet haben; vielmehr bleibe trotzdem die allgemeine gesetzliche Präsumtion für den Zusammenhang des Schuldscheins mit dem Betrieb ihres Handelsgewerbes (d. h. des Gewerbes der Ge-

sellschaft A. und W.) bestehen, wie aus der Entstehungsgeschichte des Art. 274 hervorgehe; auch habe es bei der in Rede stehenden Darlehensaufnahme einer besonderen Erwähnung des Handelns im Namen der Gesellschaft nicht bedurft, weil die beiden alleinigen Gesellschafter gemeinschaftlich gehandelt und schon damit gegenseitig die Belastung der Gesellschaft als solcher genehmigt haben. Vor allem geht nun aber die Auffassung des Unterrichters fehl, daß die Rechtsvermutung des Art. 274 Abs. 2 HGB. a. F. ohne weiteres auch dann Platz greife, wenn die Gesellschafter einen Schuldschein lediglich mit ihrem bürgerlichen Namen unterzeichnet haben. Allerdings wurde bei der Beratung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs der Antrag, den, nachher Gesetz gewordenen, Art. 274 Abs. 2 zit. dahin zu fassen: „die von einem Kaufmann unter seiner Firma gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegenteil ergibt", von der Kommission abgelehnt[1]). Allein da der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, welcher, wie vorliegend die beiden Teilhaber, neben dem Gewerbe der Gesellschaft ein solches nicht betreibt, Kaufmann nur in seiner Eigenschaft als offener Gesellschafter ist, so folgt aus der Stellungnahme der Kommission nur, daß die Präsumtion des Art. 274 Abs. 2 zit. dann nicht in Wegfall kommt, wenn ein — vertretungsberechtigter — Gesellschafter einen Schuldschein in dieser Eigenschaft, ohne dies in der Urkunde hervorzuheben, unterfertigt, aber nicht, daß sie auch dann gegeben ist, wenn er, ohne daß sein Handeln Namens der Gesellschaft feststeht, den Schein mit seinem bürgerlichen Namen zeichnet. Für die Frage aber, ob ein Gesellschafter bei der Zeichnung eines Schuldscheins Namens der Gesellschaft oder aber in privater Eigenschaft gehandelt hat, ist aus dem Art. 274 Abs. 2 nichts zu entnehmen. Vielmehr ist in dieser Hinsicht lediglich der Art. 114 Abs. 2 HGB. a. F. (jetzt § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB.) maßgebend, wornach

[1]) Vgl. Protokolle S. 1298.

in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung die Umstände des einzelnen Falles darüber entscheiden, ob ein Gesellschafter in Vertretung der Gesellschaft tätig war. Der Kl. hat demnach — bei dem Bestreiten des Bekl. — zu beweisen, daß einer der beiden Teilhaber der Konkursfirma den Schuldschein vom 1. Januar 1892 Namens der Gesellschaft gezeichnet habe. Der Unterrichter nimmt an, daß beide Teilhaber bei Aufnahme des Darlehens in Vertretung der Gesellschaft tätig gewesen seien und daß dies aus ihrem gemeinsamen Handeln hervorgehe. Nun ist zwar für die Zugehörigkeit des Schuldscheins zum Handelsbetrieb nicht entscheidend, ob bei der Aufnahme des Darlehens im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, sondern ob dies bei der Zeichnung des Scheines der Fall war; immerhin aber müßte, wenn das Darlehen für die Gesellschaft aufgenommen worden wäre, daraus der Schluß gezogen werden, daß die beiden Gesellschafter den Schein Namens der Gesellschaft gezeichnet haben. Andererseits folgt die Zeichnung Namens der letzteren nicht mit Sicherheit daraus, daß beide Teilhaber den Schein unterschrieben haben, da trotzdem beide private Zwecke verfolgt haben können, wenngleich natürlicherweise diese Tatsache ein erhebliches Indiz für den Vertretungswillen bildet. Auch das ist nicht für eine Zeichnung Namens der Gesellschaft voll beweisend, daß das Darlehen, die Rückzahlungen auf dasselbe und die Zinszahlungen in den Büchern der Gesellschaft und auf deren Namen eingetragen sind; denn an sich könnte diese — ohne Verpflichtung gegenüber der Gläubigerin — die Zahlung auf dem Conto des Teilhabers K. W. übernommen haben.

Dagegen ist durch das Ergebnis der in dieser Instanz stattgehabten Beweisaufnahme der volle Beweis dafür erbracht, daß der Schuldschein Namens der Gesellschaft gezeichnet worden ist (wie weiter ausgeführt wird).

Urteil des II. Civilsenats vom 2. März 1905 in S. Albrecht und Wildermuth'sche Konkursmasse gegen Müller.



10.

1) Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche betreffs Schlachtgebühren.

2) Inwieweit dürfen bei Bestehen des Schlachthauszwangs die Schlachthausgebühren für Mitglieder und Nichtmitglieder der Metzger- (oder Schlachthaus-)Genossenschaft ungleich bemessen werden?

3) Voraussetzungen und Anfechtbarkeit des Ausschlusses eines Genossen aus einer Genossenschaft[1].

In Göppingen besteht eine in das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts daselbst als Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht eingetragene Metzgergenossenschaft (die jetzige Klin.). Dieselbe ist Eigentümerin eines Schlachthauses zu Göppingen und der dazu gehörigen Gebäude und Einrichtungen, und den Gegenstand ihres Unternehmens bildet neben Förderung der gemeinsamen Interessen der Genossen der Betrieb dieses Schlachthauses. In Betreff der Benützung des Schlachthauses sind durch das Ortspolizeistatut für den Gemeindebezirk Göppingen von 1893 in Art. 7 Ziff. 1 (Schlachthausordnung) Bestimmungen getroffen. Insbesondere muß hienach alles zum Verkauf oder zur Verwendung in Wirtschaften und öffentlichen Anstalten bestimmte große und kleine Schlachtvieh im Schlachthaus der Metzgergenossenschaft geschlachtet werden. Für das Schlachten sind ferner in der Schlachthausordnung besondere Gebühren festgesetzt; ursprünglich hatten diejenigen Metzger, welche nicht Mitglieder der Metzgergenossenschaft sind, das Vierfache der Gebühren der Genossenschaftsmitglieder zu entrichten, während in neuerer Zeit die Gebühren für Erstere auf das Doppelte der Gebühren der Genossen bestimmt wurden.

Nach § 8 Abs. 4 des früheren Statuts der kläg. Genossenschaft von 1897 in der abgeänderten Fassung vom

[1] Vgl. WürttZ. 13 S. 335 ff., 12 S. 336 ff.

20. März 1901 ist den Mitgliedern der Genossenschaft nicht gestattet, Lieferungen von Fleisch oder Fleischwaren im Submissionswege oder gegen direkte oder indirekte Gewährung eines Rabatts auf die allgemeinen üblichen Preise von Genossenschaften zu übernehmen; als Gewährung eines Rabatts soll auch die Zubilligung irgend welcher Vorteile gelten. Bei Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung kann ein Genosse nach § 10 Abs. 1 lit. b vergl. mit § 8 Abs. 5 des Statuts durch Beschluß der Generalversammlung aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden.

Der jetzige Bekl. F. übt nun seit dem Jahr 1898 in einem dem Konsumverein Göppingen, e. G. m. b. H., gehörigen Hause in Göppingen das Metzgergewerbe aus. Nach dem von ihm mit dem Konsumverein abgeschlossenen „Mietvertrag" hat er als jährlichen „Mietzins" 5500 Mk. zu bezahlen, in § 10 des Vertrags ist ferner bestimmt, daß F. an Mitglieder des Konsumvereins auf Verlangen die Marken des Vereins abzugeben hat, welche er unentgeltlich vom Kassier des Vereins erhält.

Im Jahr 1898 hat der Bekl. F. bei der Klin. um Aufnahme in die Metzgergenossenschaft nachgesucht; diese wurde ihm aber verweigert, da er mit dem Konsumverein in einem Vertragsverhältnis stehe, welches eine Zuwiderhandlung gegen § 8 Abs. 4 des Statuts in sich schließe. Zufolge einer von F. gegen die Metzgergenossenschaft erhobenen Klage wurde jedoch diese am 19. November 1900 vom Reichsgericht (I. Civilsenat) verurteilt, den F. als Mitglied aufzunehmen. Demgemäß wurde F. im Februar 1901 in die Liste der Genossen aufgenommen. Die Generalversammlung schloß ihn aber am 19. April 1901 aus der Genossenschaft aus, weil er durch seine Beziehungen zum Konsumverein dem § 8 Abs. 4 des Statuts zuwiderhandle.

Die kläg. Genossenschaft beansprucht nun von dem Bekl. F., daß dieser als Nichtmitglied der Genossenschaft für die von ihm in der Zeit vom 5. Juni 1903 bis 31. Januar 1904 in ihrem Schlachthaus vorgenommenen Schlachtungen die



doppelten Gebühren entrichte, während F. sich nur zur Bezahlung der einfachen Gebühren herbeigelassen hat, indem er geltend machte, daß seine Ausschließung aus der Genossenschaft nicht zu Recht bestehe und daß auch die Bestimmung der Schlachthausordnung, wonach Nichtmitglieder der Genossenschaft das Doppelte der für die Mitglieder festgesetzten Schlachtgebühren zu bezahlen haben, wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit und gegen die guten Sitten ungültig sei.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die Zulässigkeit des Rechtswegs für die eben erwähnten, in der Klage und in der Widerklage verfolgten Ansprüche ist nicht zu beanstanden. Denn diese Ansprüche würden sich — falls begründet — als privatrechtliche darstellen. Die kläg. Genossenschaft ist eine, dem Privatrecht, nicht dem öffentlichen Recht angehörige Korporation, und hieran kann selbstverständlich auch die Tatsache nichts ändern, daß der den hauptsächlichen Gegenstand ihres Unternehmens bildende Betrieb des ihr gehörigen Schlachthauses im öffentlichen Interesse der Beaufsichtigung seitens der Verwaltungsbehörde unterliegt und daß diese in gewissem Umfang für die Einwohner der Stadt Göppingen einen Zwang zur Benützung des Schlachthauses eingeführt hat. Auch wenn man im übrigen die Tatsachen in Betracht zieht, auf welche die Ansprüche gestützt sind, steht ihre privatrechtliche Natur außer Zweifel. Dies gilt nicht bloß hinsichtlich des in der Widerklage an erster Stelle erhobenen, die Anfechtung des Ausschlusses des Bekl. aus der kläg. Genossenschaft betreffenden Anspruchs, sondern auch bezüglich des Klaganspruchs und des an zweiter Stelle zum Gegenstand der Widerklage gemachten Anspruchs, die beide sich mit der Frage der Verpflichtung des Bekl. zur Bezahlung der Schlachtgebühren befassen. Allerdings werden die Schlachtgebühren sowohl für Mitglieder als für Nichtmitglieder der kläg. Genossenschaft, nicht von dieser einseitig, sondern unter ihrer Mitwirkung vom Gemeinderat Göppingen

und neuerdings eventuell von der diesem vorgesetzten Verwaltungsbehörde geregelt. Allein trotzdem sind die Gebühren, welche ja auch unmittelbar der Kasse der Genossenschaft zugehen, als das Entgelt aufzufassen, welches die das Schlachthaus Benützenden nach den Grundsätzen der Miete und wohl auch des Dienstvertrags der kläg. Genossenschaft als der Eigentümerin des Schlachthauses und der Unternehmerin seines Betriebs zu leisten haben. Auch der Umstand, daß Bekl. zur Begründung des in der Widerklage an zweiter Stelle erhobenen Feststellungsanspruchs geltend macht, die Bestimmung, wonach Nichtmitglieder der kläg. Genossenschaft höhere Gebühren als die Mitglieder zu bezahlen haben, verstoße gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit, ist nicht geeignet, den privatrechtlichen Charakter auch dieses Anspruchs in Zweifel zu stellen, da hiemit nur in durchaus zulässiger Weise die Frage der Entscheidung des Civilrichters unterbreitet wird, ob nicht der seitens der kläg. Genossenschaft und des Gemeinderats erfolgten Gebührenregelung teilweise — und zwar soweit die im gegenwärtigen Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche in Betracht kommen — wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts die Wirkung eine privatrechtliche Verpflichtung zu erzeugen, versagt werden muß.

Nach § 9 der Schlachthausordnung in der Fassung der Beschlüsse des Gemeinderats vom 23. Oktober 1902 und der Generalversammlung der kläg. Genossenschaft vom 19. Mai 1903 haben Metzger, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, als Gebühren für das Schlachten das Doppelte der für die Mitglieder der Genossenschaft festgesetzten Gebühren zu entrichten, und es ist auch von dem Beklagten an sich zugegeben, daß er bei Zugrundelegung dieser Bestimmung der Klin. für die Benützung der Einrichtungen ihres Schlachthauses in der Zeit vom 5. Juni 1903 bis 31. Januar 1904 neben den bereits bezahlten einfachen Gebühren noch die eingeklagte Summe von 2000 Mk. 90 Pfg. schulde.

Die Verteidigung des Bekl. geht dahin — einmal daß

der Beschluß der Generalversammlung vom 19. April 1901, durch welchen er aus der kläg. Genossenschaft ausgeschlossen wurde, nicht zu Recht bestehe und er daher nach wie vor, insbesondere was die Bemessung der Schlachtgebühren anlange, als Mitglied der kläg. Genossenschaft zu behandeln sei; sodann aber daß (auch abgesehen hievon) die Bestimmung der Schlachthausordnung, wonach nicht zur Genossenschaft gehörige Metzger das Doppelte der Schlachtgebühren der Mitglieder der Genossenschaft zu bezahlen haben, ungültig sei. Eben dieses Vorbringen dient zugleich zur Begründung der Ansprüche, welche vom Bekl. in der an sich zulässigen Widerklage erhoben worden sind.

Anlangend die Anfechtung der Rechtsbeständigkeit des die Ausschließung des Bekln. aus der kläg. Genossenschaft anordnenden Beschlusses der Generalversammlung vom 19. April 1901, so ist zunächst 1) von vornherein die Zulässigkeit einer solchen Anfechtung durch Bekl. klägerischerseits beanstandet worden, und zwar einmal, soweit Bekl. das Nichtzutreffen der in dem Beschluß angeführten Tatsachen geltend macht, aus dem Grunde, weil insoweit überhaupt eine Anrufung des Gerichts gegenüber dem Beschluß ausgeschlossen erscheine, sodann aber deshalb, weil die gesetzliche Frist für eine Anfechtung jedenfalls vor Erhebung der Widerklage abgelaufen sei.

a) In § 68 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes ist bestimmt, daß — abgesehen von der Ausschließung eines Genossen wegen der in Abs. 1 aufgeführten Tatsachen — durch das Statut sonstige Gründe der Ausschließung festgesetzt werden können. Letzteres ist auch im Statut der kläg. Genossenschaft vom 17. März 1897 geschehen, und es ist hier zugleich die Befugnis zur Ausschließung eines Genossen der Generalversammlung der Genossenschaft zugewiesen. Eine Bestimmung darüber, daß der die Ausschließung eines Genossen anordnende Beschluß von diesem — und zwar speziell auch wegen Nichtzutreffens der in dem Beschluß zugrunde gelegten Tatsachen — im Wege gerichtlicher Klage angefochten werden könne, findet sich weder im Genossenschaftsgesetz noch

im Statut der Klin.

Für die unter das allgemeine bürgerliche Recht fallenden Vereine wird die Frage, ob den Gerichten das Recht zur sachlichen Nachprüfung, einer seitens der zuständigen Organe des Vereins satzungsgemäß verfügten Ausschließung eines Mitglieds zukommt, durch das Reichsgericht sowohl vom Standpunkt des gemeinen Rechts (anders nach preuß. allg. Landrecht) als auch vom Standpunkt des BGB. verneint[1]). Das Reichsgericht nimmt hiebei an, daß das Recht der Mitgliedschaft an einem Verein nicht ein Sonderrecht des Mitglieds i. S. von § 35 BGB. sei, da Letzteres ein aus der Mitgliedschaft hervorgegangenes, von den Rechten der übrigen Mitglieder unterschiedenes Individualrecht eines Mitglieds gegen den Verein erfordere, daß im übrigen aber es sich bei der Ausschließung um einen der Selbstbestimmung und Selbstverwaltung des Vereins überlassenen Willensakt desselben handle und daß deshalb die sachliche Nachprüfung eines satzungsgemäß gefaßten Ausschließungsbeschlusses durch den Richter einen unberechtigten Eingriff in die autonome Verfassung des Vereins enthalten würde.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung des Reichsgerichts beizutreten ist. Denn die für die Vereine des BGB. aufgestellten Grundsätze können jedenfalls unmittelbar keine Anwendung finden auf die kläg. Genossenschaft, da der hier in Frage stehende Gegenstand, die Ausschließung eines Genossen aus der Genossenschaft, in dem Genossenschaftsgesetz besonders geregelt ist. Aber auch eine mittelbare, entsprechende Anwendung jener Grundsätze auf den vorliegenden Fall erscheint nicht angängig. Denn im Gegensatz zu den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften treten vielfach bei den Vereinen, insbesondere soweit deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die

---

[1]) Vgl. JW. 1900 S. 417 (Gemeines Recht); ferner für das BGB.: RG. Bd. 49 S. 150 ff.; JW. 1901 S. 829/30; 1903 Beil. S. 3–4; S. 40; auch Mugdan, Rechtspr. der OLG. Bd. 2 S. 459, Bd. 4 S. 480; Bd. 5 S. 14; a. M. Planck BGB. Bem. zu § 35.

mit der Mitgliedschaft verbundenen vermögensrechtlichen Interessen in den Hintergrund, während es sich gerade um solche in hervorragendem Maße bei den Genossenschaften handelt (vergl. § 1 des Ges.); auch liegt es in der Natur der Sache, daß bei jenen Vereinen häufig im Hinblick auf die von ihnen verfolgten Zwecke gerade bei Entscheidung der Frage, ob ein Mitglied auszuschließen ist, der subjektiven Auffassung und Anschauung der betreffenden Organe ein gewisser Einfluß offen gelassen werden muß — ein Umstand, der, wie kaum der Hervorhebung bedarf, eine sachliche Nachprüfung durch das Gericht erheblich erschweren würde [1]). Ganz anders bei den Genossenschaften, wo es sich durchweg bei Entscheidung der Frage der Ausschließung um Tatbestände handeln wird, die eine rein objektive Beurteilung erfordern, so daß einer Nachprüfung durch den Richter kein Hindernis im Wege steht. Das BGB. hat denn auch hinsichtlich der Ausschließung des Mitglieds eines Vereins keinerlei Bestimmungen getroffen, sondern die Regelung der Autonomie des Vereins überlassen, während das Genossenschaftsgesetz in § 68 Vorschriften über die Ausschließung eines Genossen gibt; und wenn auch Abs. 2 des § 68 es gestattet, außer den in Abs. 1 aufgeführten Ausschließungsgründen im Statut sonstige Gründe festzusetzen, so ist doch damit zugleich zum Ausdruck gebracht, daß nur wegen der in Abs. 1 und etwa im Statut festgesetzten Gründe die Ausschließung stattfinden könne. Hienach ist die Frage, ob auf Klage eines ausgeschlossenen Genossen eine sachliche Nachprüfung des Ausschließungsbeschlusses durch das Gericht zulässig ist, lediglich vom Standpunkt des Genossenschaftsgesetzes zu entscheiden. Wenn nun auch dieses Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht enthält, so ist doch aus diesem Schweigen nicht zu folgern, daß es die sachliche Nachprüfung eines statutgemäß ergangenen Ausschließungsbeschlusses durch das Gericht habe ausschließen wollen. Denn es ist zu berücksichtigen, daß durch die Ausschließung eines

[1]) Vgl. z. B. den Fall in RG. Bd. 49 S. 150 ff.

Genossen (wie gerade der vorliegende Fall zeigt) nicht bloß sehr erhebliche Vermögensinteressen, sondern auch wichtige Vermögensrechte, welche der Genosse durch die Aufnahme in die Genossenschaft erworben hat, in Mitleidenschaft gezogen werden, und es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz dem ausgeschlossenen Genossen gerade hier die Beschreitung des Rechtswegs versagt haben sollte. Die Einräumung einer unbeschränkten Machtvollkommenheit an die Genossenschaft wäre um so weniger erklärlich, als das Gesetz selbst nicht einmal der Generalversammlung der Genossenschaft die alleinige Befugnis zur Ausschließung zugewiesen oder wenigstens dem ausgeschlossenen Genossen ein unbedingtes Recht zur Anrufung der Entscheidung jener Versammlung gegenüber dem Beschluß des Vorstands eingeräumt, mithin eine Fürsorge dafür nicht getroffen hat, daß die Entscheidung über die Ausschließung von den Organen der Genossenschaft in einer die Gewähr tunlichst objektiver Beurteilung des einzelnen Falls bietenden Weise stattfinde — eine Unterlassung, welche nur durch die Annahme sich erklären läßt, daß dem ausgeschlossenen Genossen die Beschreitung des Rechtswegs offen bleiben sollte. Demzufolge ist mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. März 1904[1]) davon auszugehen, daß dem Gericht eine sachliche Prüfung des Ausschließungsgrunds zusteht. Dies ist im vorliegenden Fall vollends nicht zu bezweifeln, wenn man mit dem im Vorprozeß ergangenen Urteil des Reichsgerichts vom 19. November 1900 davon ausgeht, daß die Stadt Göppingen zu gunsten der dortigen Metzger diesen den Beitritt zur kläg. Genossenschaft vertragsmäßig ausbedungen hat, so daß sie gegenüber der Klin. ein Recht auf Aufnahme in die Genossenschaft haben.

Bei der kläg. Genossenschaft steht gemäß § 10 des Statuts die Ausschließung eines Genossen aus der Genossenschaft der Generalversammlung zu. Da nun nach § 51 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes ein Beschluß der Generalversammlung

[1]) RG. Bd. 57 S. 155 ff.; vgl. auch ROHG. Bd. 23 S. 380 ff.

wegen Verletzung des Gesetzes oder des Statuts im Wege einer binnen einem Monat zu erhebenden Klage angefochten werden kann, im vorliegenden Fall aber eine solche Klage innerhalb eines Monats vom Bekl. nicht erhoben worden ist, so glaubt die Klin., daß die jetzige Anfechtung auch aus diesem Grunde von vornherein unbeachtlich sei. Allein wie der Unterrichter zutreffend hervorhebt, ist die Bestimmung in § 51 des Ges. auf den hier gegebenen Fall der Anfechtung eines Ausschließungsbeschlusses der Generalversammlung überhaupt nicht anwendbar [1]).

Die hauptsächl. Einwendung des Bekl. geht dahin, daß der Ausschließungsbeschluß *sachlich* nicht gerechtfertigt sei.

Nach § 8 Abs. 4 des Statuts der kläg. Genossenschaft vom 17. März 1897 — in der abgeänderten Fassung vom 20. März 1901 — ist den Mitgliedern der Genossenschaft nicht gestattet, Lieferungen von Fleisch oder Fleischwaren im Submissionswege oder gegen direkte oder indirekte Gewährung eines Rabatts auf die allgemein üblichen Preise an Genossenschaften zu übernehmen. Als Gewährung eines Rabatts soll auch die Zubilligung irgend welcher Vorteile gelten. Wenn ein Genosse dieser Bestimmung zuwiderhandelt, so kann er nach § 10 Abs. 1 lit. b vergl. mit § 8 Abs. 5 des Statuts durch Beschluß der Generalversammlung aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden. Durch diese Vorschriften soll, wie ohne weiteres aus ihrem Inhalt erhellt, verhütet werden, daß ein Metzger, der als Mitglied der kläg. Genossenschaft die von dieser gebotenen wirtschaftlichen Vorteile genießt, zu einer andern Genossenschaft und speziell zu einem Konsumverein in ein Verhältnis tritt, vermöge dessen er Fleisch an die Genossenschaft bezw. deren Mitglieder als solche unmittelbar oder mittelbar zu einem niedrigeren als dem allgemein üblichen Preise liefert und so sich sowohl zum Nachteil der anderen der Metzgergenossenschaft angehörigen Metzger die Kundschaft eines größeren Personenkreises ver-

[1]) Vgl. RG. Bd. 51 S. 91; Bd. 57 S. 157; *Parisius-Crüger* Kom. z. Genossensch.ges. 4. Aufl. S. 352, 399.

schafft, als auch im allgemeinen die Preisverhältnisse in einer den Interessen der übrigen Metzger schädlichen Weise beeinflußt.

Daß an sich eine Bestimmung des im Vorstehenden erwähnten Inhalts in einem Genossenschaftsstatut zulässig ist, daß sie insbesondere weder einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit noch eine Verletzung sonstiger Gesetze oder der guten Sitten in sich schließt, ist nicht zu bezweifeln; denn der Beitritt zu der Genossenschaft steht ja im freien unbeschränkten Belieben jedes einzelnen. Eine andere Auffassung würde auch dadurch allein noch nicht gerechtfertigt, daß die Klin. ein Schlachthaus hat und betreibt und daß die Gebühren der Benützung des Schlachthauses für Genossen und Nichtgenossen abgestuft sind. Bedenken hinsichtlich der Gültigkeit jener Bestimmung des Statuts könnten jedoch deshalb entstehen, weil die Verwaltungsbehörde für Göppingen den Schlachthauszwang bezüglich des Schlachthauses der kläg. Genossenschaft eingeführt hat (vergl. hiezu Gew.O. §§ 16, 23 Abs. 2, §§ 1, 3, 4, 7 der Verf. des Minist. des Innern vom 1. Februar 1903, Reg.-Bl. S. 27). Im Hinblick auf diesen Schlachthauszwang hat der Bekl. geltend gemacht, daß die Bestimmung in § 8 Abs. 4 des Statuts (§ 6 Abs. 6 der Satzung von 1903) — ganz abgesehen von der Abstufung in den Schlachtgebühren, insbesondere davon, ob die Erhöhung der Gebühren für Nichtmitglieder einen billigen Ausgleich für das von den Mitgliedern getragene Risiko bildet (vergl. § 4 Abs. 3 der angeführten Min.-Verf.) — als gegen die Gewerbeordnung verstoßend ungültig sei. Aus dem vorhin Bemerkten erhellt aber, daß die Tatsache, wegen deren allein ein Verstoß gegen die Gewerbefreiheit in Frage kommt, eben die Verfügung der Behörde ist, daß hinsichtlich des Schlachthauses der kläg. Genossenschaft der Schlachthauszwang gelten solle. Hienach könnte nur die Rechtsgültigkeit dieser Verfügung in Zweifel gezogen, nicht aber mit Grund eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der erwähnten Bestimmung des kläg. Statuts, welches an sich unabhängig vom Schlacht-

hauszwang besteht, erhoben werden. Andernfalls wäre auch folgerichtig eine Reihe sonstiger Bestimmungen des Statuts der Klin. als ungültig zu beseitigen — so z. B. die Vorschrift, daß der Genosse ein Eintrittsgeld von 1000 Mk. zu bezahlen und die Haftung für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft zu übernehmen habe (vergl. § 7 des Statuts von 1897, § 10 der Satzung von 1903), ferner die dem Genossenschaftsgesetz § 68 Abs. 1 durchaus entsprechende Bestimmung, daß ein Metzger, dem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, nicht in die Genossenschaft Aufnahme findet (vergl. §§ 6 Abs. 2 und 10^{d} des Statuts von 1897, § 3 Abs. 3 und § 8^{1} der Satzung von 1903), sodann die Bestimmung, daß Genossenschaften oder Gesellschaften als Mitglieder nicht aufgenommen werden (vergl. § 6 Abs. 7 des Statuts von 1897, § 3 Abs. 4 der Satzung von 1903). Auf solche Weise würde aber geradezu die Existenz der kläg. Genossenschaft in Frage gestellt. (Es wird nun ausgeführt, der Bekl. habe in der Tat den § 8 Abs. 4 des Statuts verletzt und sodann fortgefahren):

Endlich wird von seiten des Bekln. noch vorgebracht, daß die gemäß § 26 des Statuts der Klin. (jetzt § 27 der Satzung vom $\frac{\text{19. Mai}}{\text{2. Juli}}$ 1903) einen Bestandteil des Statuts (der Satzung) bildende, vom Gemeinderat Göppingen im Einverständnis mit der kläg. Genossenschaft getroffene Bestimmung der Schlachthausordnung, wonach die Schlachtgebühren für Metzger, welche nicht Mitglieder der kläg. Genossenschaft sind, das Zweifache der für Mitglieder der Genossenschaft festgesetzten Gebühren betragen, wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit ungültig sei.

Das Reichsgericht hat im Urteil des erstes Vorprozesses vom 19. November 1900 u. a. ausgeführt:

„Im Sinne der Gew.O. bedinge die Oeffentlichkeit eines Schlachthauses dessen allgemeine Zugänglichkeit mindestens für diejenigen Personen in der Gemeinde, die das Metzgergewerbe betreiben. Die notwendige allgemeine Zugänglichkeit eines Schlachthauses für die Metzger des Orts bedinge selbst-

redend nicht etwa eine gebührenfreie Benützung, wohl aber eine gleichmäßige Bemessung der Gebühren für alle in Betracht kommenden Gewerbetreibenden. Unterschiede in der Gebührenbelastung, die nur auf die Person abgestellt seien und den einen Gewerbetreibenden vor dem andern begünstigen, seien als gesetzlich unzulässig anzusehen. Sie widerstreiten dem Begriffe der Oeffentlichkeit und dem in § 1 der Gew.O. formulierten Grundsatze der allgemeinen Gewerbefreiheit, die nur durch reichsgesetzlich vorgesehene oder zugelassene Ausnahmen beschränkt sei."

Im Anschluß hieran hat sodann das Reichsgericht hervorgehoben, „mit dem allgemeinen Grundsatze der Gewerbefreiheit stehe an sich die Bestimmung der Göppinger Schlachthausordnung im Widerspruch, wonach Metzger, die nicht Mitglied der Genossenschaft seien, für die Benutzung des Schlachthauses das Vierfache der für die Mitglieder der Genossenschaft bestimmten Gebühren zu bezahlen haben." Inzwischen ist nun die Bestimmung der Schlachthausordnung dahin abgeändert worden, daß die Nichtmitglieder nur noch das Doppelte der Gebühren der Mitglieder zu entrichten haben. Allerdings besteht hienach auch jetzt noch, wenn man die Gebühren allein in Betracht zieht, eine Mehrbelastung der Nichtmitglieder gegenüber den Mitgliedern. Bei Entscheidung der Frage, ob das Göppinger Schlachthaus den Metzgern des Orts gleichmäßig zur Benützung offen steht, darf aber nicht bloß die in der Schlachthausordnung enthaltene Gebührenfestsetzung als solche in Betracht gezogen werden, sondern es muß auch untersucht werden, ob nicht der geringeren Bemessung der Gebühren für die Genossenschaftsmitglieder andererseits eine Belastung derselben gegenübersteht, von welcher die Nichtmitglieder befreit sind. Eine solche Belastung der Mitglieder der Genossenschaft ist aber zweifellos vorhanden. Denn dieselben haften für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft, insbesondere auch für diejenigen, welche aus dem Betrieb des Schlachthauses entstehen, mit ihrem ganzen Vermögen, und wenn auch ein etwa er-

4*

zielter Reingewinn, wenigstens schließlich, den Mitgliedern der kläg. Genossenschaft zu gute kommt, so bleibt doch stets ein Risiko mit der Zugehörigkeit zur Genossenschaft verbunden. Gerade vom Standpunkt der Vermeidung einer Begünstigung des einen Gewerbetreibenden vor dem anderen ist es daher gerechtfertigt, daß in Berücksichtigung dieses die Genossen allein treffenden Risikos für sie die Gebühren niedriger bemessen werden als für die mit dem Risiko nicht belasteten Nichtmitglieder[1]). Dazu ist noch ausdrücklich hervorzuheben, daß natürlich hiebei der mit dem Schlachthaus der kläg. Genossenschaft verbundene Schlachthauszwang, ohne welchen ja von einer Beschränkung in der Gebührenbemessung überhaupt keine Rede sein könnte, mit in Betracht gezogen ist. Insbesondere kann auch nicht in jeder Festsetzung eines Gebührenzuschlags für Nichtmitglieder der Genossenschaft — mag derselbe auch dem Risiko der Genossenschaftsmitglieder entsprechen — eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit deshalb erblickt werden, weil eben dem Bekl. nur durch die Bezahlung dieses Zuschlags es möglich gemacht ist, seine geschäftliche Verbindung mit dem Konsumvereine aufrechtzuerhalten. Denn der Bekl. ist eben den anderen der Genossenschaft angehörigen Metzgern hinsichtlich der Gebührenbemessung gleich behandelt, wenn der Zuschlag dem mit der Zugehörigkeit zur Genossenschaft verbundenen Risiko entspricht und daher der Bekl. wirtschaftlich nicht ungünstiger gestellt ist, als die Mitglieder der Genossenschaft.

Es erhebt sich nun die Frage, ob bei der in der Schlachthausordnung getroffenen Abstufung der Gebühren für Mitglieder und Nichtmitglieder der Genossenschaft dem Risiko der ersteren in billiger Weise Rechnung getragen ist.

Daß dem Civilrichter die Entscheidung hierüber — natürlich mit Beschränkung auf die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche — zusteht, ist bereits oben hervorgehoben worden. Wenn es sodann auch früher in an-

[1]) Vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 11. November 1903 in WürttZ. 12 S. 336 ff.

derem Zusammenhang nicht für zulässig erachtet wurde, die im Statut der kläg. Genossenschaft festgesetzten Beschränkungen der Genossen in der Ausübung ihres Gewerbes, welche etwa zufolge des von der Verwaltungsbehörde mit dem Schlachthaus der kläg. Genossenschaft verknüpften Schlachthauszwangs sich als Verstoß gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit darstellen, durch eine entsprechende Korrektur des Statuts zu beseitigen, so trifft dieser Gesichtspunkt hieher nicht zu. Zwar ist in dem Statut der Klin. von 1897 (§ 26) bezw. in ihrer Satzung von 1903 (§ 27) die Schlachthausordnung von Göppingen, also namentlich auch der in dieser enthaltene Gebührentarif, für einen Bestandteil des Statuts (der Satzung) erklärt worden. Allein bei der Schlachthausordnung selbst handelt es sich nicht um eine von der Genossenschaft kraft ihrer Autonomie getroffene Festsetzung, sondern um eine Verfügung der Verwaltungsbehörde. Dies gilt auch von dem einen Teil der Schlachthausordnung bildenden Gebührentarif. Wenn auch der kläg. Genossenschaft bei Aufstellung der Schlachthausordnung ein Mitwirkungsrecht zusteht, so ist es doch der Gemeinderat Göppingen, also die Verwaltungsbehörde, welche gerade unter dem Gesichtspunkt gleichheitlicher Behandlung der Metzger der Gemeinde die Gebühren festzusetzen hat, wie denn auch nach der am 21. Oktober 1902 zwischen dem Gemeinderat Göppingen und der kläg. Genossenschaft getroffenen Vereinbarung, falls unter diesen beiden ein Einverständnis über die Höhe der Gebühren nicht zu erzielen ist, das Oberamt Göppingen und eventuell die höhere Verwaltungsbehörde hierüber entscheiden soll.

Die Entscheidung der Frage, in welcher Höhe ein Zuschlag zu den den Mitgliedern der kläg. Genossenschaft auferlegten Gebühren für die Nichtmitglieder gerechtfertigt ist, kann nur auf Grund einer nach billigem Ermessen vorzunehmenden Abwägung des Risikos, welches der Beitritt zu der kläg. Genossenschaft in vermögensrechtlicher Beziehung für den Beitretenden mit sich bringt, erfolgen.

Wenn die Klin. zur Rechtfertigung des bisher in der

Göppinger Schlachthausordnung festgesetzten Zuschlags auf die Schlachthausordnungen anderer Städte hinweist, so kann den in diesen Städten getroffenen Gebührenregelungen eine Bedeutung hieher um so weniger beigemessen werden, als eben bei ihnen möglicherweise ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit vorliegt, wobei noch hervorzuheben ist, daß keines der betreffenden Statute das im Statut der kläg. Genossenschaft sich findende Verbot des Verkehrs mit anderen Genossenschaften, insbesondere Konsumvereine, enthält und daher die Frage der Gültigkeit jener Gebührenfestsetzungen wohl bisher keine praktische Bedeutung erlangt hat. Maßgebend sind vielmehr die besonderen Verhältnisse der kläg. Genossenschaft, und das Gericht hat daher auch von der beantragten Vernehmung Sachverständiger aus anderen Städten, welche eben nur über die Verhältnisse in ihren Gemeinden Auskunft zu geben vermöchten, abgesehen. (Die Gründe führen sodann aus, ein Zuschlag in Höhe der hälftigen Gebühr der Mitglieder erscheine für Nichtmitglieder angemessen.)

Urteil des II. Civilsenats vom 21. November 1904 i. S. Fries gegen Metzgergenossenschaft Göppingen. Die Revisionen beider Parteien gegen dieses Urteil sind zurückgewiesen worden.

11.

1) Besitzschutzklage des unmittelbaren Besitzers gegen den mittelbaren?

2) Besitzverlust des Ehemanns durch Handlungen der Ehefrau?

3) Besitzklage gegen den Besitzer, nachdem er die besessene Sache veräußert hat?

Aus den

Gründen

eines Berufungsurteils:

Es erhebt sich in erster Linie die Frage, ob dem unmittelbaren Besitzer überhaupt die Besitzschutzklagen gegen den mittelbaren Besitzer zustehen. Die Denkschrift zum Entwurf eines BGB.s spricht S. 114 den Grundsatz aus, daß der mittelbare Besitzer im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer die Besitzansprüche nicht bedürfe, weil ihm gegen Uebergriffe des letzteren der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnis genügenden Schutz gewähre. Daraus könnte nun gefolgert werden, daß dieser Grundsatz auch für den unmittelbaren Besitzer in seinem Verhältnis zum mittelbaren zutreffe. Allein das Schutzbedürfnis des unmittelbaren Besitzers gegen Eingriffe des mittelbaren ist, da die tatsächliche Gewalt nur der erstere inne hat, ein wesentlich anderes als umgekehrt, so daß die Anwendung des in der Denkschrift ausgesprochenen Grundsatzes auf das umgekehrte Verhältnis nicht ohne weiteres begründet erscheint. Gegen die Richtigkeit des in der Denkschrift enthaltenen Grundsatzes haben sich schon gewichtige Stimmen erhoben [1]; jedenfalls hat er im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, denn dieses versteht, wenn nicht ausdrücklich eine Ausnahme gemacht ist, unter Besitzer gleichmäßig den unmittelbaren und den mittelbaren. Uebrigens braucht die Frage hier nicht entschieden zu werden; denn daß der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren — und darum handelt es sich hier allein — verbotene Eigenmacht begehen kann, und daß für diesen Fall dem unmittelbaren Besitzer gegen den mittelbaren die Besitzschutzklagen zustehen, ist noch von keiner Seite bestritten worden [2].

Hienach steht dem Kläger der Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB. gegen den Beklagten zu, wenn dieser ihm den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen hat.

Der Beklagte bestreitet das Vorliegen einer verbotenen Eigenmacht, weil der Kläger bezw. dessen den Besitz für den

[1] Vgl. z. B. Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34. S. 68/69.

[2] Vgl. z. B. Biermann, Sachenrecht § 861, 2c; Turnau-Förster, Sachenrecht § 861, II 2; Planck, Komm. z. BGB. § 869 Anm. 2.

Kläger ausübende Ehefrau die Papiere am 7. April 1904 freiwillig zurückgegeben habe, ihr Besitz also dem Kläger nicht ohne seinen Willen entzogen worden sei.

Da die Ehegatten unbestritten in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft leben, so steht an dem gesamten Vermögen dem Kläger das unbeschränkte Verwaltungs- und Verfügungsrecht zu. Eine Verfügungsgewalt der Ehefrau käme nur im Rahmen der Schlüsselgewalt in Betracht. Daß diese die Ehefrau nicht zur Verfügung über die Wertpapiere berechtigte, ist klar. Besitzer der Papiere war also der Kläger. Wenn nun auch in dessen Abwesenheit die Ehefrau die tatsächliche Herrschaft über die Papiere ausgeübt hat, so hat sie doch nicht eine ihr zustehende Gewalt, sondern nur die dem Kläger selbst zustehende ausgeübt. Sie erscheint hienach lediglich als Besitzdienerin des Klägers und war als solche nicht in der Lage den Besitz des Klägers mit Wirkung für ihn aufzugeben. Nun behauptet der Beklagte, die Ehefrau sei Vertreterin des Klägers gewesen, ihr Wille, den Besitz aufzugeben, wirke auch gegen den Kläger. Darüber, wie weit die Beweispflicht des Klägers gehe, herrscht Streit. Planck § 861 Anm. 2[b] und Biermann § 861 Anm. 4 verlangen von dem Kläger den Beweis, daß die Besitzentziehung gegen seinen Willen erfolgt sei, Turnau-Förster § 861 Anm. 4 überläßt dem Beklagten den Gegenbeweis, daß ihm der Kläger die Inbesitznahme gestattet habe. Allein für den vorliegenden Fall braucht die Frage nicht entschieden zu werden. Auch der Beklagte bestreitet nicht, daß der Kläger den Besitz der Papiere wider seinen Willen verloren hat, er behauptet nur, daß die Ehefrau des Klägers den Besitz freiwillig aufgegeben habe und der Kläger dies gegen sich gelten lassen müsse. Das letztere aber wäre jedenfalls von dem Beklagten tatsächlich näher zu begründen und zu beweisen gewesen.

War also die Ehefrau des Klägers nur Besitzdienerin, so hat zwar der Kläger durch Aufgabe des Besitzes seitens seiner Ehefrau den Besitz an den Papieren verloren, aber

der Verlust ist wider seinen Willen geschehen, und das genügt zur Begründung der verbotenen Eigenmacht.

Damit wäre an sich für den Kläger der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes (§ 861 Abs. BGB.) gegen den Beklagten gegeben, wie er in erster Instanz geltend gemacht worden ist. Nun kann aber die Besitzklage nur gegen den gegenwärtigen Besitzer gerichtet werden, sie ist also nicht mehr zulässig, wann der Beklagte die Papiere nach Zustellung der Klage veräußert hat, sie also nicht mehr besitzt. In diesem Fall ist nur die Schadensersatzklage des § 823 BGB. zulässig, wenn ein Verschulden des Dejizienten vorliegt [1]).

Urt. des II. Civilsenats vom 23. März 1905 i. S. Braun g. Magenau.

12.

1) Eigentumserwerb durch Verarbeitung (§ 950 BGB.).

2) Eigentumserwerb gemäß § 930 BGB. an Sachen, die zur Zeit einer Vereinbarung i. S. des § 930 noch nicht bestehen?

3) Zum Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung.

Der Kl. hat ursprünglich Widerspruchsklage nach § 771 CPO. gegen zwei Pfändungen, die im März 1903 zu gunsten der Bekl. gegen den Kaufmann J. Sch. in E. vorgenommen worden sind, erhoben mit der Begründung, daß die gepfändeten Gegenstände (Kleidungsstücke) Eigentum des Kl. seien. Nach der Klagerhebung vereinbarten die Parteien, die Bekl. solle das Vollstreckungsverfahren bis auf weiteres ruhen lassen, trotzdem wurden am 27. April 1903 die gepfändeten Kleider durch den Gerichtsvollzieher versteigert und der Erlös der Bekl. ausgefolgt. Nunmehr richtete der Kl. seine Klage in erster Linie auf Schadensersatz; in zweiter Linie macht er einen Bereicherungsanspruch geltend.

[1]) Planck BGB. § 861 Anm. 2c; Biermann § 861 a 2 Anm. u. 3; Turnau-Förster § 861 II 2.

Sein Eigentum an den gepfändeten Kleidern stützt der Kläger auf den zwischen ihm und Sch. abgeschlossenen schriftlichen Vertrag vom 6. September 1901 worin gesagt ist, daß Sch. die in einem Verzeichnis aufgeführten Waren an den Kl. verkaufe und daß der Kl. diese Waren dem Sch. zum kommissionsweisen Verkauf überlasse. Sodann ist weiter bestimmt:

„Zum Warenlager gehört und geht in das Eigentum des B. ganz von selbst über, was von heute ab von Sch. an Waren erkauft wird, so daß das gesamte Warenlager, wie solches jederzeit vorhanden ist, das Eigentum des B. bildet. Sch. verpflichtet sich, künftighin seine Waren ausschließlich nur von B. zu kaufen".

Die im Auftrag der Bekl. gepfändeten Kleider nun gehörten nicht zu den bei Abschluß des Vertrages bei Sch. vorhandenen Waren. Vielmehr hat unstreitig im Sommer 1902 Sch. der Firma E. Sch. u. Co. in St. Bukskinstoff mit der Weisung übergeben, daraus Anzüge für ihn zu fertigen. Sch. u. Co. verarbeiteten den Stoff zu 25 Burschenanzügen, 14 Hosen und 3 Westen, bevor sie jedoch diese an Sch. ablieferten, wurden die fertigen Kleidungsstücke bei S. u. Co. zunächst in deren eigenen Auftrag für ihren Anspruch auf Arbeitslohn und sodann im Wege der Anschlußpfändung für die Bekl. gepfändet und, wie erwähnt, am 27. April 1903 versteigert. Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe.

1. Wenn der Kl., wie er geltend macht, Eigentümer der für die Bekl. gepfändeten Kleidungsstücke war, so wurde durch die Versteigerung sein Eigentum verletzt und die Bekl. ist nach § 823 Abs. 1 BGB. schadensersatzpflichtig, falls sie die Versteigerung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat; zum mindesten wäre in diesem Fall ein Anspruch des Kl. aus § 816 BGB. begründet, sofern die Bekl. durch die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände eine Verfügung getroffen hat, die dem Berechtigten — dem Klr. als Eigentümer — gegenüber gemäß §§ 932. 1244 BGB. wirksam ist.

Allein das Eigentum des Kl. an den gepfändeten Kleidern ist, selbst wenn durchweg die tatsächlichen Behauptungen des Kl. zugrund gelegt werden, nicht dargetan.

2. Unerheblich ist, ob der Kl. Eigentümer des Stoffes war, aus dem jene Kleider verfertigt worden sind. Denn durch die Verarbeitung des Stoffes ging das Eigentum hieran unter und wurde gemäß § 950 BGB. an den fertigen Kleidern Eigentum für den, der diese „hergestellt" hat, begründet. Da die Verfertiger der Kleider, S. u. Co., nur in fremdem Auftrage tätig waren, wurden sie nicht selbst Eigentümer der Kleider, vielmehr haben sie für den Besteller, der sich ihrer Tätigkeit bediente, der die Kleider durch sie herstellen ließ, Eigentum erworben[1]). Als Besteller aber kann nicht der Kl., sondern nur Sch. in Betracht kommen. Denn der Kl. behauptet zwar, daß „in seinem Einverständnis" Sch. den Stoff zu den Anzügen habe verarbeiten lassen und daß er (Kl.) den Arbeitslohn bezahlt habe, allein schon hienach ist anzunehmen, daß der Firma S. u. Co. gegenüber Sch. als Besteller in eigenem Namen aufgetreten ist; dies ist auch bestätigt durch das Zeugnis des E. S., wornach bei der Bestellung des Sch. von dem zwischen diesem und dem Kl. bestehenden Verhältnisse nicht die Rede gewesen und auch die Zahlung des Arbeitslohnes durch den Kl. „für Sch." geleistet worden ist.

An sich ist also nach § 950 BGB. nicht der Kl., sondern Sch. Eigentümer der von S. u. Co. hergestellten Kleider geworden.

3. Es fragt sich, ob hieran durch den zwischen dem Kl. und Sch. abgeschlossenen Vertrag vom 6. September 1901 etwas geändert wird.

Seinem Wortlaut nach würde dieser Vertrag, der nur von den Eigentumsverhältnissen an „erkauften" Waren spricht, überhaupt keine Anwendung finden. Indessen mag zuzugeben sein, daß nach Inhalt und Zweck des Vertrages als Wille

---

[1]) Vgl. Protokolle zum BGB. amtl. Ausgabe S. 243.



der vertragschließenden Teile anzunehmen ist, es solle Sch. auch in einem Fall der vorliegenden Art das ihm zufallende Eigentum nicht für sich selbst, sondern unmittelbar für den Kl. erwerben. Der erste Richter ist davon ausgegangen, daß eine solche Abmachung mit dinglicher Wirkung nach § 930 BGB. möglich sei; hierin ist ihm jedoch nicht beizustimmen.

Zur Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. ist erforderlich eine Willenseinigung zwischen Eigentümer und Erwerber, daß das Eigentum übergehen solle, sowie Besitzübertragung vermittelt durch ein zwischen beiden begründetes Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

Daß nun im vorliegenden Fall die von S. u. Co. hergestellten Kleider niemals an Sch. abgeliefert wurden, würde wohl eine Eigentumsübertragung nach § 930 nicht ausschließen, da unterstellt werden kann, daß Sch. dennoch nach § 855 oder 868 BGB. mittelbarer Besitzer der fertiggestellten Kleider geworden sei.

Allein die Annahme des Eigentumsübergangs lediglich auf Grund des Vertrags vom 6. September 1901 würde voraussetzen, daß im voraus mit Bezug auf unbestimmte, erst künftig zur Entstehung kommende Sachen mit dinglicher Wirkung eine Einigung über deren Uebereignung und eine Besitzübertragung möglich wäre. Dies ist nicht zutreffend. Schuldverhältnisse können die Leistung erst herzustellender oder zu beschaffender Gegenstände zum Inhalt haben. Willenserklärungen aber, die unmittelbar auf Uebertragung von Eigentum und Besitz gehen, sind nur mit Bezug auf die besonderen zu übertragenden, genau bestimmten Sachen denkbar[1]). Der Vertrag vom 6. September 1901, auch wenn er ernstlich gemeint war, konnte also nicht die — vielleicht von den Beteiligten beabsichtigte — Wirkung haben, daß ein von Sch. durch Kauf oder auf andere Weise zu Eigen-

[1]) Vgl. RG. Bd. 52 No. 100 insbes. S. 390. 394.

tum erworbener Gegenstand unmittelbar („ganz von selbst") in das Eigentum des Kl. überging, vielmehr konnte der Vertrag für Sch. nur die Verpflichtung begründen, derart erworbenes Eigentum auf den Kl. zu übertragen.

4. Zu dieser Uebertragung war, wenn sie nach § 930 BGB. erfolgen sollte, wie in dem entsprechenden Falle des Einkaufskommissionärs [1]) eine besonders auf die von S. u. Co. hergestellten Kleider bezügliche Einigung über deren Uebereignung an den Kl. und ein besonderer Willensentschluß des Sch., den Besitz gerade an diesen Gegenständen auf Grund des bestehenden Kommissionsverhältnisses fortan für den Kl. auszuüben, erforderlich, und zwar mußte dieser Besitzwille des Sch. irgendwie äußerlich erkennbar gemacht werden. Von alledem ist im vorliegenden Fall nicht die Rede. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß Sch. sich überhaupt dessen bewußt war, daß von seiner Seite behufs Uebertragung des Eigentums an den Kleidern auf den Klr. noch irgend etwas Besonderes vorzunehmen sei. Jedenfalls aber ist nicht behauptet und auch nicht anzunehmen, daß er den Entschluß, den Besitz an den Kleidern für den Kl. auszuüben, in erkennbarer Weise bekundet habe; hiezu hatte er deshalb keinen Anlaß und keine Gelegenheit, weil ihm ja die Kleider von S. gar nicht ausgefolgt worden sind. Hätte er sie erhalten und dann in das ihm vom Kl. überlassene Kommissionslager aufgenommen, auch etwa in seinen Büchern einen entsprechenden Eintrag gemacht, so hätte dadurch die Eigentumsübertragung bewirkt werden können; da es aber hiezu nicht kam, fehlt es an den erforderlichen Voraussetzungen für einen Eigentumsübergang.

5. Damit ist die Schadensersatzklage und der auf § 816 BGB. gestützte Bereicherungsanspruch des Kl. hinfällig, ohne

---

[1]) Vgl. Denkschr. z. neuen HGB. zu § 384 des Entw., Ausg. von Guttentag S. 254, Staub HGB. § 58 Anm. 13. 37. § 383 Anm. 33, Planck BGB. § 181 Anm. 1, Kuhlenbeck BGB. § 930 Anm. 3. Dernburg, Bürg. Recht (3. Aufl.) Bd. III. S. 302, RG. Bd. 52 Nr. 34 S. 130 fg.



daß auf die Frage einzugehen wäre, ob der Vertrag vom 6. September 1901 anfechtbar ist und ob die Bekl. hinsichtlich der Versteigerung der für sie gepfändeten Kleider ein Verschulden trifft.

Der Kl. hat aber geltend gemacht, eine Bereicherungsklage (nach § 812 BGB.) wäre unter allen Umständen deshalb begründet, weil der Stoff zu den versteigerten Kleidungsstücken Eigentum des Kl. gewesen sei und der Kl. auch die Kosten der Herstellung der Kleider bezahlt habe; die Bekl. würde also in Höhe des Versteigerungserlöses aus dem Vermögen des Kl. ungerechtfertigt bereichert sein, wenn auch angenommen würde, daß an den fertigen Kleidern das Eigentum nicht auf den Kl. übergangen sei. Demgegenüber hat jedoch schon der erste Richter zutreffend ausgeführt, daß die Bekl., wenn Sch. Eigentümer der Kleider war, zu deren Pfändung auf Grund der von ihr erwirkten vollstreckbaren Titel befugt war, also den Versteigerungserlös nicht „ohne rechtlichen Grund erlangt" hat, und daß der Kl. sich wegen des Ersatzes der ihm durch die Verarbeitung des Kleiderstoffes entgangenen Vermögenswerte gemäß § 951 BGB. nur an Sch. halten kann.

Urteil des I. Civilsenats vom 20. Januar 1905 i. S. Binder g. Mettler u. Gengenbach.

13.

Zur Auslegung des § 17 KO. und des § 986 BGB.

Mit notariellem Vertrag vom 10. März 1902 hat der Bekl. an den Kaufmann A. W. die Grundstücke Parz. 1355 und 1356 in F. um 2000 Mk. verkauft. Vom Kaufpreis sollten 600 Mk. als Angeld am 1. April 1902, 900 Mk. durch Abtretung eines Hypothekenbriefs, 500 Mk. in Zielern bezahlt werden. Auflassung der Grundstücke an den Käufer und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch sind noch im März 1902 erfolgt. Da aber W. das Angeld von 600 Mk.

nicht zahlen konnte, schlossen die Parteien am 10. Juli 1902 in St. einen zweiten notariellen Vertrag, wodurch W. an den Bekl. die zwei Grundstücke um den als „bereits getilgt" bezeichneten Kaufpreis von 600 Mk. verkaufte. Die im Vertrag als erfolgt bezeichnete Uebergabe an den Bekl. geschah sofort; in dem Vertrag ist sodann gesagt: der Verkäufer ermächtige den Käufer „die zur Auflassung und zur Eintragung des Käufers im Grundbuch erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamt F. an seiner Stelle abzugeben". Der Verfasser dieses Vertrags, Notar M. in St., hat am 14. Juli 1902 eine Ausfertigung desselben dem Grundbuchamt F. mit der Bitte um Vornahme der Auflassung übersandt. Weiteres ist nicht geschehen. Nach dem am 9. Dezember 1903 erfolgten Tod W.s ist am 14. Februar 1904 über dessen Nachlaß der Konkurs eröffnet worden.

Der klagende Konkursverwalter hat beantragt, den Bekl. zur Herausgabe der genannten zwei Grundstücke zu verurteilen, indem er sich auf das aus dem Grundbuch in F. sich ergebende Eigentum W.s an den Grundstücken stützte, den Kaufvertrag vom 10. Juli 1902 als ein nichtiges Scheingeschäft, das dadurch verdeckte Geschäft als der gesetzlichen Form ermangelnd bezeichnete und gemäß § 17 KO. die Erfüllung dieses noch nicht beiderseits erfüllten Geschäfts verweigerte.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Der Vertrag vom 10. Juli 1902 ist, wie die Civilkammer mit Recht angenommen hat, kein Scheingeschäft, vielmehr wollten die Parteien augenscheinlich einen Vertrag des aus der fraglichen Urkunde sich ergebenden Inhalts abschließen, zu dem Zweck, um die Folgen des Kaufvertrags vom 15. März 1902 rückgängig zu machen. Diesen Zweck konnten sie mittels eines Vertrags des Inhalts, wie ihn die Urkunde vom 10. Juli 1902 ergibt (woneben Bekl. auf die Kaufpreisforderung von 1400 Mk. verzichtete), erreichen; der Vertrag war daher ohne Frage ernstlich gemeint und W. auf Grund dieses Vertrags verpflichtet, die Grundstücke dem

Bekl. aufzulassen.

Diese Auflassung ist nicht erfolgt, der Vertrag daher vom Verkäufer nicht vollständig erfüllt. Dagegen hat der Bekl. als Käufer seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt. Er hat den Kaufpreis bereinigt und die Grundstücke wieder in seinen Besitz genommen, also abgenommen; die Auflassung zu beantragen, war er berechtigt, aber nicht verpflichtet; seine Bereitwilligkeit, bei der Auflassung mitzuwirken, hat er — wie feststeht — kundgegeben. Hat aber der Bekl. den Vertrag vom 10. Juni 1902 seinerseits vollständig erfüllt, so ist die Anwendung des § 17 KO. ausgeschlossen.

Hievon abgesehen kommt folgendes in Betracht. Der Bekl. ist Besitzer der fraglichen Grundstücke; deren Eigentümer war W. bis zu dessen Tod und sind jetzt (mutmaßlich) dessen Erben (jedenfalls weder der klagende Konkursverwalter, noch die Konkursgläubiger). Nach § 986 BGB. kann „der Besitzer — die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er — dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist". Demgemäß hätte Bekl., nachdem ihm die Grundstücke in Erfüllung des Vertrags vom 10. Juli 1902 wieder übergeben waren, dem W. oder einem die Zwangsvollstreckung in dessen unbewegliches Vermögen betreibenden Gläubiger W.s gegenüber die Herausgabe der Grundstücke verweigern dürfen[1]). Es fragt sich, ob ihm nicht dasselbe Recht der Konkursmasse W.s gegenüber zusteht.

Dadurch, daß der klagende Konkursverwalter die Nichterfüllung des Vertrags vom 10. Juli 1902 gewählt hat, hat sich dieser Vertrag nicht aufgelöst, er besteht vielmehr fort und nur seine weitere Erfüllung unterbleibt[2]). Das, was der Gemeinschuldner auf Grund des Vertrags schon geleistet hat, kann der Konkursverwalter nicht auf Grund des § 17 KO. zurückfordern. Hienach kann der Bekl. dem lediglich auf das Eigentum des verstorbenen Gemeinschuldners

[1]) Vgl. WürttJ. 15. S. 175 ff.

[2]) Vgl. z. B. Jäger: Komm. zur KO. 2 Aufl. Anm. 43 zu § 17; SeuffA. Bd. 59 No. 70; RG. 56 No. 61.

gestützten Anspruch des Kl. auf Herausgabe der in Rede stehenden Grundstücke gegenüber die Herausgabe auf Grund des § 986 BGB. verweigern[1]).

Urteil des I. Civil-Senats vom 11. November 1904 i. S. Zweigle gegen Weidlin.

14.

1) Zulässigkeit der Klage eines Grundstückseigentümers gegen einen angeblichen Hypothekengläubiger auf Feststellung, daß die Hypothek diesem Gläubiger nicht zustehe.

2) Zur Auslegung der §§ 1138, 891 BGB.

Auf dem Anwesen des Klägers ist zu Gunsten der Bekln. eine Hypothek in Höhe von 1600 Mk. wegen einer der Bekln. gegen K. Go. in dieser Höhe zustehenden Darlehensforderung eingetragen. Kl. hat behauptet, diese Forderung der Bekln. bestehe nur in Höhe von 1088 Mk., die weitere Summe von 512 Mk., wofür die K. Go. im Voraus quittiert habe, habe diese nicht erhalten; Kl. hat demgemäß Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die fragliche Hypothek in Höhe von 512 Mk. nicht der Bekln., sondern dem Kl. als Grundstückseigentümer zustehe.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die Aktivlegitimation des Kls. ist nicht zu beanstanden, nachdem der Klagantrag in der Berufungsinstanz dahin beschränkt worden ist, daß festgestellt werden solle, die streitige

[1]) Vergl. — gegen Motive zu § 942 EBGB. Bd. 3 S. 424; Cosack: Lehrbuch Bd. 2 § 211 VII Z. 2 a. E.; Staudinger: Komm. z. BGB. 2. Aufl. Anm. 1c zu § 986; Planck: BGB. Anm. 1a a. E. zu § 986; Jäger a. a. O. Anm. 14 zu § 17 — die zutreffenden Bemerkungen von Dernburg: Das bürg. Recht Bd. 3 — 2. Aufl. — § 92 Ziff. 3 bei und in Note 2.

Hypothek stehe der Beklagten nicht zu, während an dem Verlangen der positiven Feststellung, daß die Hypothek dem Kläger als Eigentümer des Grundstücks zustehe, nicht mehr festgehalten worden ist. Nimmt man an, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden ist, nicht zur Entstehung gelangt sei, so stand die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 1 BGB. zunächst demjenigen zu, welcher zur Zeit der Eintragung der Hypothek Eigentümer des belasteten Grundstücks war[1]), d. h. im vorliegenden Fall der K. Go. Wollte Kl. behaupten, daß diese Hypothek auf ihn übergegangen sei, so hätte er nachzuweisen, daß in dieser Beziehung ein Uebertragungsvorgang stattgefunden habe. Die Uebertragung des Eigentums am Grundstück enthält an sich noch nicht zugleich die Uebertragung der dem Veräußerer zustehenden Eigentümerhypothek.

Allein wenn die fragliche Hypothek auch nicht dem Kläger zusteht, so hat er doch ein berechtigtes Interesse an der negativen Feststellung, daß sie nicht der Beklagten zustehe. Kläger ist als Eigentümer des belasteten Grundstücks wenn auch nicht aktiv hypothekenberechtigt, so doch bezüglich der passiven Seite an der streitigen Hypothek beteiligt und es ist deshalb für ihn von Wert, festgestellt zu wissen, daß die Beklagte an seinem Grundstück nicht hypothekenberechtigt ist. Es kann nicht eingewendet werden, es könne dem Kl. gleichgültig sein, ob die streitige Hypothek, wenn sie doch einmal bestehe, der Bekln. oder der K. Go. zustehe. Kl. steht zu seiner Rechtsvorgängerin im Eigentum, K. Go., zu Folge des mit ihr abgeschlossenen Kaufs in Vertragsbeziehungen, auf Grund deren er sich wegen der Hypothek, wenn sie der Go. zustehen sollte, auseinander setzen kann, während er der Bekln. gegenüber, wenn diese die Hypothekenberechtigte ist, keinerlei vertragsmäßige Ansprüche auf Befreiung von der Hypothek, Schadensersatz oder drgl. geltend machen kann. Es handelt sich mithin darum, ob das Recht des Klägers (sein Eigentum an dem streitigen

[1]) Planck BGB. § 1163 Bem. 3d.

Grundstück) durch die Eintragung einer — wenigstens zu Gunsten der Bekln. — nicht bestehenden — Belastung (Hypothek) beeinträchtigt ist, weshalb Kl. gemäß § 894 BGB. verbunden mit § 256 CPO. zur Klage legitimiert ist.

Gemäß § 1138 verbunden mit § 891 Abs. 1 BGB. wird nun bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß der Bekln. die streitige Darlehensforderung gegen die K. Go. auch bezüglich des beanstandeten Betrags von 512 Mk. zusteht. Klr. hat den vollen Beweis dafür zu erbringen, daß die Darlehensforderung bezüglich des Betrags von 512 Mk. nicht zu Recht bestehe. Dem Klr. ist es aber zur Zeit nicht nur nicht gelungen, diesen vollen Beweis zu erbringen, sondern es spricht nicht einmal eine besonders überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Darstellung. Der Wortlaut des maßgebenden Eintrags im Grundbuch ist zwar nicht bekannt. Es ist aber anzunehmen, daß gemäß § 1115 Abs. 1 BGB. zur näheren Bezeichnung der Forderung auf die Eintragsbewilligung Bezug genommen worden ist. In letzterer bekennen die Eheleute Go., „für ein b a r e s D a r l e h e n die Summe von 1600 Mk. der Bekln. schuldig geworden zu sein." Diese Erklärung entspricht nun allerdings — jedenfalls wenn man sie wörtlich nimmt — dem wirklichen Sachverhalt nicht.

Nach der eigenen Darstellung der Bekln. hat es sich am 22./25. März 1902 nicht um die Hingabe eines baren Darlehens, vielmehr um die Verwandlung der damals zu Gunsten der Bekln. aus verschiedenartigen Gründen bestehenden Forderungen in eine Darlehensschuld gemäß § 607 Abs. 2 BGB. gehandelt[1]). Nun meint der Klr.: nachdem feststehe, daß der Eintrag im Grundbuch in dem einen Punkt nicht der Wirklichkeit entspreche, daß ein b a r e s Darlehen nicht gegeben worden sei, sei die Beweiskraft des Eintrags im Sinne des § 1138 verbunden mit § 891 Abs. 1 BGB. überhaupt erschüttert und es sei nunmehr Sache der Bekln. nachzuweisen, daß und aus welchem Grunde die Forderung entstanden sei.

[1]) Zu vgl. auch P l a n c k § 607 Anm. 5 am Ende.

Dies ist jedoch nicht richtig. Der Ausdruck „bares Darlehen" wird häufig entweder in dem Sinne von Darlehen überhaupt ohne weitere Bedeutung oder auch in dem Sinne eines Darlehens, bezüglich dessen der Darlehensnehmer die Valuta bereits empfangen hat und nicht erst später erwartet, gebraucht. Wenn also der Hergang auch so gewesen ist, wie Bekl. es behauptet, so kann in der Wahl des Ausdrucks „bares Darlehen" nichts besonders Auffälliges gefunden werden, vielmehr bleibt die Beweiskraft des Eintrags insoweit bestehen, daß vermutet wird, die Bekl. sei damals Darlehensgläubigerin der Eheleute Go. — sei es nun im Sinne des Abs. 1 oder des Abs. 2 des § 607 BGB. — geworden.

Urteil des I. Civil-Senats vom 18. November 1904 i. S. Wolf gegen Grupp.

15.

Kirchenstuhlgerechtigkeit.

Die Kläger haben mit der Klage gegenüber den Beklagten Feststellung ihres angeblichen Rechts auf einen aus 8 Sitzplätzen bestehenden Kirchenstand und Unterlassung von Störungen in diesem Recht verlangt, während die Bekl. behauptet haben, es stehe ihnen ein Recht auf einen dieser Sitzplätze zu.

Die streitigen Sitzplätze, die Burgwiesenstühle geheißen, bestanden früher aus einem abgeschlossenen Stand mit 8 Sitzplätzen, seit dem Jahre 1865 nach einem Umbau der Kirche aus einer Bank mit 8 Sitzplätzen. Sie haben ihren Namen von den Burgwiesen, nämlich von 4 so geheißenen, früher dem Herzog Karl Eugen von Württemberg gehörigen Parzellen, deren Eigentümer die Kl. sind. Im Grundbuch findet sich bei jedem dieser Grundstücke ein Eintrag, wonach auf demselben der halbe oder ein anderer Bruchteil einer Kirchenstuhlgerechtigkeit als eine im sog. Prämissenbuch näher beschriebene Realdienstbarkeit ruht. In dem Prämissenbuch

zu den in den Jahren 1840 bis 1846 angelegten neuen Gütersexternen heißt es hierüber:

„Realdienstbarkeitsrecht:

Die Burgwiesen, frühere Bestandteile des neuen Schloßguts:

2 Gerechtigkeiten:

Eine Gerechtigkeit besteht in einem Kirchenstuhl ..."

Es wurde nach dem Klagantrag erkannt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Das deutsche Kirchenrecht[1]) unterscheidet zwischen den sog. gemeinen Kirchenständen oder Stühlen, bei welchen, wenn sie entgeltlich zur Benützung überlassen werden, Sachmiete angenommen wird, und den sog. Privatkirchenständen; bei letzteren ist Privaten an Zubehör der Kirche zwar nicht Eigentum, wohl aber ein selbständiges, dauerndes, objektivdingliches, ausschließliches Gebrauchsrecht eingeräumt. Innerhalb der Privatkirchenstühle werden wieder Personal- und Realkirchenstühle unterschieden; bei letztern, welche mit einem bestimmten Grundstücke verknüpft sind, wird zugleich auch ein subjektivdingliches Gebrauchsrecht angenommen und es wird den Berechtigten Besitzschutz und die Störungsklage gewährt[2]). Auch in dem früheren gemeinen Recht[3]) und im württ. Recht[4]) wird ein solches dingliches Privatrecht an einem Kirchenstuhl zu Gunsten des Eigentümers eines Grundstücks anerkannt; insbesondere wird hier überall der privatrechtliche Charakter dieser Befugnis hervorgehoben. In Württemberg ist für das in dieser Hinsicht geltende Recht auch heute noch die Kirchenstuhlordnung von 1733[5]), welche

---

[1]) Vgl. Richter, Kirchenrecht 8. Aufl. § 318.

[2]) Vgl. Richter a. a. O. Note 7.

[3]) Vgl. SeuffA. 6 No. 240; 11 Nr. 272; RG. 7 S. 136 und 159, 24 S. 174.

[4]) Vgl. WürttA. 15 S. 14.

[5]) Abgedruckt bei Reyscher, Kirchengesetze I S. 591.

eine frühere Kirchenstuhlordnung vom 24. Dezember 1640 wiedergibt, die maßgebende Rechtsquelle[1]). Aus dieser Kirchenstuhlordnung (vergl. die „erste Generalregul: Specialregul 2 und 3") geht hervor, daß auch in Württemberg entsprechend der Auffassung des gemeinen Rechts und des heutigen Kirchenrechts das Recht auf Benützung eines Kirchenstuhls als ein dingliches, dem Eigentümer eines bestimmten Grundstücks zustehendes vorkommen kann und zwar als ein Privatrecht, für welches der ordentliche Rechtsweg zulässig ist[2]). Hienach kann für den vorliegenden Fall, in welchem nach dem Vorbringen der Kl. ein privatrechtlicher Anspruch geltend gemacht ist, ohne daß die Bekl. ein näher begründetes gegenteiliges Vorbringen entgegenstellen könnten, die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht bezweifelt werden.

Es ergibt sich nun aber auch aus den vorgelegten Grundbuchauszügen, daß es sich bei dem von den Kl. geltend gemachten Anspruch in der Tat um ein ihnen zustehendes privates, mit dem Eigentum an Grundstücken verbundenes ausschließliches Gebrauchsrecht in Beziehung auf einen bestimmten Kirchensitz handelt, wie die Möglichkeit eines solchen Rechts in dem fraglichen Umfang und mit dem erwähnten privatrechtlichen Schutz sowohl im deutschen Kirchenrecht und gemeinen Recht als auch für Württemberg in den gedachten Kirchenstuhlordnungen von jeher anerkannt ist. Handelt es sich somit um eine Dienstbarkeit oder zum mindesten um ein einer Dienstbarkeit ähnliches, den Rechtsgrundsätzen über Dienstbarkeiten unterstehendes, also eintragungsfähiges Recht, welches unbestritten vorliegend auch im Grundbuch eingetragen ist, so greift zu Gunsten der Kl., bei deren Grundstücken dieses Recht eingetragen ist, die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB. Platz, daß ihnen in der Tat auch das beanspruchte Recht zusteht. Gegenüber dieser Vermutung haben es die Bekl. an jeder Darlegung zur Entkräftung derselben fehlen lassen.

Gegenüber dem Klaganspruch machen die Bekl. nun noch

[1]) Vgl. Richter a. a. O.

[2]) Vgl. WürttA. a. a. O.

geltend, sie hätten deshalb Anspruch auf einen der von den Kln. beanspruchten acht Kirchensitze, weil von ihnen und ihren Rechtsvorgängern der beanspruchte Kirchensitz seit Menschengedenken unbeanstandet benützt worden, als Recht der Kl. aber durch Nichtgebrauch erloschen sei. Dieses Vorbringen ist nicht begründet. Nach Art. 115 EGBGB. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß einzelner Grunddienstbarkeiten näher bestimmen. In der württ. Kirchenstuhlordnung von 1733 ist nun aber in der 4. Specialregul zur I. Generalregul bestimmt: „in Kirchenstuhlsachen findet keine praescriptio statt; dahero denen, die von vielen Jahren her in der Possession gestanden, kein Recht daraus zuwachsen kann. Connivendo kann es geschehen, daß, die 30 Jahr einen Stuhl besessen zu haben erweisen könnten, gelassen werden". Hiemit ist jede Ersitzung, auch die außerordentliche und unvordenkliche Verjährung, durch das württ., in Art. 115 EG. aufrechterhaltene Recht ausgeschlossen. „Connivendo" bedeutet, zumal in Verbindung mit den folgenden Bestimmungen der Specialreguln 5 bis 7, daß es im Belieben der Kirchenvorsteher steht, ob sie bei 30jährigem Besitz den Stuhl dem Besitzer belassen wollen. Aber auch abgesehen hievon kann weder von einer Ersitzung der Stuhlgerechtigkeit durch die Bekl. und ihre Rechtsvorgänger noch von einem Verlust der Dienstbarkeit durch die Kl. infolge Nichtgebrauchs die Rede sein. Aus dem Eintrag im Prämissenbuch wie aus dem Grundbuch geht hervor, daß die von den Kln. beanspruchte Dienstbarkeit nicht aus so viel einzelnen Dienstbarkeiten als tatsächlich Stühle oder Sitze vorhanden sind, besteht, sondern daß den Kln. als den Eigentümern der Burgwiesen eine einheitliche Dienstbarkeit, eine Kirchenstuhlgerechtigkeit mit dem Umfang von 8 Sitzen zusteht. Sowohl nach früherem gemeinen Recht[1]) als nach jetzigem Recht[2]) sind nun aber Grunddienstbarkeiten

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp I zu § 209 Ziff. 8.

[2]) A. a. O. Zusatz zu den §§ 209 bis 211a Nr. 8; Prot. z. BGB. III S. 310.

unteilbare Rechte dergestalt, daß ein Bruchteil einer Grunddienstbarkeit ohne rechtliche Existenz ist und weder erworben noch verloren werden kann. Auf den Erwerb, bezw. Verlust eines solchen Bruchteils einer Grunddienstbarkeit läuft aber das Vorbringen der Bekl. hinaus, wenn sie geltend machen, sie hätten von der einheitlichen Kirchenstuhlgerechtigkeit einen Teil, einen der acht Sitze, durch Ersitzung erworben, bezw. hätten die Kl. durch Nichtgebrauch eines der acht Sitze die Dienstbarkeit verloren.

Wenn die Bekln. endlich noch vorbringen, es bestehen seit dem Umbau der Kirche und seit der damals stattgehabten Entfernung der alten Kirchenstühle überhaupt keine Kirchenstühle und auch kein Kirchenstuhl der Kl. mehr, so daß es dem geltend gemachten Anspruch an dem Gegenstand wie der Klage an dem Feststellungsinteresse fehle, so ist dieses Vorbringen nicht begründet. Nicht das steht im gegenwärtigen Prozeß zur Entscheidung, ob den Kln. ein Benützungsrecht an einer bestimmten einzelnen, seit Alters vorhandenen Sitzvorrichtung zukommt, sondern ob sie eine dingliche, die Bekln. ausschließende Berechtigung auf einen Kirchensitz haben. Letzteres ist, wie bemerkt, zu bejahen und es fehlt nach dem eigenen Vorbringen der Bekln., wie übrigens auch unbestritten ist, dieser Berechtigung nicht an der tatsächlichen Grundlage für deren Ausübung, da, wie auch die Bekln. sagen, unbestritten nach der Entfernung des alten Gestühles an dessen Stelle eine Bank angebracht worden ist. Es bedarf keiner Ausführung, daß auch eine Bank, wenn sich die Kl. damit begnügen, nicht bloß ein förmlicher Kirchenstuhl, die Grundlage für die Ausübung ihres Rechts auf einen Kirchensitz bilden kann. Ob die Bank auf demselben Platz, auf welchem sich vorher das alte Gestühle befand, steht, ist gleichgiltig, da die Berechtigung der Kl. sich nicht auf eine bestimmte Stelle in der Kirche bezieht.

Urteil des I. Civil-Senats vom 25. November 1904 i. S. Hoffmann gegen Tafel.

B. in Strafsachen.

1.

Was ist unter Ortspolizeibehörde des Ausgabeorts eines Flugblatts im Sinn der Novelle vom 24. Januar 1900 zu verstehen?

Aus den

Gründen:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde zu einer am 29. Oktober 1904 in einer Wirtschaft zu S. vom deutschen Metallarbeiterverband unter dem Vorsitz des Angeklagten abgehaltenen Versammlung durch Flugblätter eingeladen, in welchen unter der Ueberschrift „an die in der Schw. Uhrenindustrie beschäftigten Arbeiter und Arbeiterinnen" die Arbeits- und Einkommensverhältnisse dieser Personen, sowie die an die Arbeitgeber zu stellenden Forderungen eingehend erörtert wurden und unter Darlegung der Vorteile der Verbandsmitgliedschaft eine Aufforderung zum Eintritt in den deutschen Metallarbeiterverband sowie zur Teilnahme an der Versammlung enthalten war. Am Schluß des Flugblatts war der Vermerk angebracht: „Verlag von K. V., Druck von S. u. Cie., beide in Stuttgart". Von diesem Flugblatt wurden von Stuttgart aus 1000 Stück an den Angeklagten nach S. gesandt, welcher die Verteilung anordnete und einige Tage vor der Versammlung in der Art ausführte, daß er die einzelnen Exemplare auf der Straße an den Eingängen der S. Uhrenfabriken an die ein- und ausgehenden Arbeiter durch dritte Personen unentgeltlich ab-

geben ließ. Die Ablieferung eines Exemplars an die Ortspolizeibehörde in S. unterblieb, an die Stadtdirektion Stuttgart wurde geraume Zeit später, nämlich erst zu Anfang des Jahres 1905 ein Exemplar des Flugblatts abgeliefert. Der Angeklagte wegen Uebertretung im Sinn des Art. 3 des Ausführungsgesetzes zum Preßgesetz zur Geldstrafe von 5 Mk. verurteilt, hat die hiegegen eingelegte Revision auf die Verletzung von Bestimmungen des materiellen Rechts, näherhin der württemb. Gesetze vom 27. Juni 1874 und vom 24. Januar 1900, sowie des Reichsgesetzes über die Presse, § 9, gestützt. Dem Rechtsmittel war der Erfolg zu versagen.

Das zum Reichspreßgesetz erlassene Ausführungsgesetz vom 27. Juni 1874 bestimmt in Art. 1:

„Von Bekanntmachungen, Plakaten und Aufrufen, welche öffentlich angeschlagen, ausgestellt oder auf Straßen, öffentlichen Plätzen oder anderen öffentlichen Orten unentgeltlich verteilt werden sollen, muß, sobald der Anschlag, die Ausstellung oder Verteilung beginnt, ein Exemplar an die Ortspolizeibehörde gegen eine sofort zu erteilende Bescheinigung unentgeltlich abgeliefert werden. Ausgenommen sind die amtlichen Bekanntmachen von Reichs-, Staats- und Gemeindebörden, sowie solche Bekanntmachungen, Plakate und Aufrufe, welche keinen anderen Inhalt haben als Ankündigungen über gesetzlich nicht verbotene Versammlungen, über öffentliche Vergnügungen, über gestohlene, verlorene oder gefundene Sachen, über Verkäufe, Vermietungen und andere Nachrichten für häusliche Zwecke und für den gewerblichen Verkehr". Nach Art. 3 werden Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschrift mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. oder mit Haft bestraft. Weiter bestimmt der Art. 4, daß die nach § 9 des Reichspreßgesetzes dem Verleger obliegende Ablieferung eines Exemplars von jeder Nummer einer periodischen Druckschrift bei dem Bezirkspolizeiamt und außerhalb des Sitzes desselben bei der Ortspolizeibehörde zu geschehen hat. Eine Ergänzung zum Art. 1, welcher wohl die Ablieferung in allen Fällen an die Ortspolizeibehörde vor-

schreibt, jedoch darüber schweigt, an welchem Ort die Ablieferung an die Ortspolizeibehörde geschehen soll, hat die Novelle vom 24. Januar 1900 gegeben, derzufolge in Art. 1 des zit. Ausführungsgesetzes nach den Worten „an die Ortspolizeibehörde" einzuschalten ist „des Ausgabeortes" nebst dem Zusatz „und falls ein solcher außerhalb Württembergs gelegen ist, an eine im Verordnungsweg für das ganze Land einheitlich zu bestimmende Bezirksstelle", als welche hienach durch Ministerialverfügung vom 9. Februar 1900 die Stadtdirektion Stuttgart bestimmt wurde.

Im angefochtenen Berufungsurteil ist zunächst zutreffend angenommen, daß keiner der im zweiten Satz des Art. 1 erwähnten Ausnahmefälle hier vorliege, insofern das Flugblatt nicht bloß die Ankündigung einer gesetzlich nicht verbotenen Versammlung enthalte, und sodann ausgeführt, daß nur S. als Ausgabeort des Flugblatts gelten könne und der Angeklagte deshalb strafbar sei, weil er unterlassen habe, ein Exemplar des Flugblatts bei Beginn der Verteilung an die Ortspolizeibehörde daselbst abzuliefern. In der Begründung wird unter Bezugnahme auf eine in den Jahrbüchern der württ. Rechtspflege Bd. 17 S. 73 abgedruckte Entscheidung des erkennenden Senats ausgesprochen, daß jeweils nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalls festzustellen sei, welcher Ort der Ausgabeort ist und daß eine Druckschrift auch an einem anderen Ort als dem des Drucks bezw. dem Wohnsitz des Druckers oder Verlegers ausgegeben werden könne; wenn aus dem Inhalt sich ergebe, daß die Druckschrift am Druck- oder Verlagsort gar nicht in die Oeffentlichkeit herauszutreten bestimmt sei, vielmehr ausschließlich an einem anderen Ort, an dem hernach auch die Tätigkeit stattfinde, durch welche sie dem Publikum zur Kenntnisnahme und zum Erwerb dargeboten werde, so werde dieser letztere Ort und nicht der Druck- oder Verlagsort als Ausgabeort anzusehen sein. In dieser Ausführung, welche in der Anwendung auf den vorliegenden Fall zu der vorerwähnten Annahme geführt hat, ist eine rechtsirrtümliche Auffassung des Gesetzes nicht ersichtlich.

Die Revision sieht eine falsche Auslegung des Begriffs „Ausgabeort" darin, daß als der letztere nicht Stuttgart, wo das Preßprodukt doch erschienen sei, sondern S. angesehen wurde. Hiebei ist der von ihr vertretenen Auffassung beizutreten, daß die Novelle vom 24. Januar 1900 bezüglich des Begriffs des Ausgabeorts von keiner anderen Auffassung ausgeht, als das Reichspreßgesetz in § 9 und daß eben unter Ausgabeort derjenige Ort zu verstehen ist, an welchem das betreffende Preßerzeugnis erscheint. Der Wortlaut der Novelle und ihre Entstehungsgeschichte, sowie die konstante Rechtsprechung in Absicht auf den erwähnten Rechtsbegriff bestätigen diese Auffassung. Abgesehen von der Wahl des gleichen Ausdrucks in der Novelle wie im Reichspreßgesetz ist bei der Beratung der ersteren allseitig ohne Widerspruch hervorgehoben worden, daß eine übereinstimmende Fassung mit dem Wortlaut des Preßgesetzes sowie eine gleiche Gestaltung der bezüglichen Vorschriften für periodische Druckschriften und für Flugblattdruckschriften vor allem bezweckt werde. In diesem Sinn ist die zunächst beantragte, an § 6 des Preßgesetzes sich anschließende Fassung „Ortspolizeibehörde des Wohnorts des Verlegers oder Verfassers oder Herausgebers" verlassen und die dem § 9 des Preßgesetzes angepaßte, eine gleichmäßige Gestaltung der rechtlichen Lage für periodische Druckschriften und Flugblätter schaffende Fassung auf Vorschlag des Regierungsvertreters beschlossen worden, wobei ausdrücklich betont wurde, daß die im § 9 für die Abgabe des Pflichtexemplars getroffene Regelung gerade die Ablieferung an die Polizeibehörde des Ausgabeorts und nicht an die Polizeibehörde des Wohnorts des Verlegers vorschreibe und die ursprünglich beantragte, dem § 6 entlehnte Fassung die periodischen und nicht periodischen Druckschriften einander keineswegs gleichstellen würde. Verh. Abg. K. 1899 Beil. 113, Prot. S. 1754/5, 2238/9, Verh. I. K. Beil. XXII Prot. S. 693.

Unter „Ausgabeort" ist mit der Revision weiterhin derjenige Ort zu verstehen, an welchem das Preßerzeugnis „er-

scheint". Dieser Ort ist aber keineswegs, wovon die Revision irrtümlich ausgeht, immer der Druck- oder Verlagsort, sondern eben derjenige Ort, an welchem das Preßerzeugnis tatsächlich ausgegeben, dem Publikum dargeboten und zum Zweck der Verbreitung zugänglich gemacht wird, der Ort, an welchem es im vertriebsfertigen Zustand in die Oeffentlichkeit, zum Publikum heraustritt, die Ausgabe- und Veröffentlichungstätigkeit sich vollzieht. Dieser Ort kann vom Druckort oder dem geschäftlichen Sitz des Verlegers sowohl begrifflich als tatsächlich ganz verschieden sein, er ist nach denselben Merkmalen zu bestimmen, welche in der oben zitierten Entscheidung des Senats für den Begriff des Erscheinungsorts einer Druckschrift im Sinn des § 7 Abs. 2 der StPO. (RGes. vom 13. Juli 1902) verwertet worden sind. Von diesem Standpunkt aus hat das Berufungsgericht ersichtlich seine Entscheidung gefällt. Bedenken könnte allerdings die Stelle im Urteil erwecken, an welcher unter Hinweis auf die Ueberschrift des Flugblatts und die an dessen Schluß enthaltene Einladung zu der S.'er Versammlung dessen ausschließliche Bestimmung für die Bevölkerung von S. und Umgebung gefolgert und im Anschluß hieran ausgesprochen wird, es könne daher für dieses Flugblatt als Ausgabeort einzig und allein S. gelten. Dies legt zunächst den Verdacht nahe, als ob das Berufungsgericht den Inhalt und die ausgesprochene Bestimmung eines Preßerzeugnisses für einen gewissen Personenkreis als entscheidendes Kriterium für die Feststellung des Ausgabeorts angesehen habe, und in der Tat hat die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts dahin ausgelegt, daß in jedem einzelnen Fall der Ausgabeort aus dem Inhalt der Druckschrift und aus den Umständen, unter welchen die Verbreitung geschehe, festzustellen sei. Diese Ansicht wäre eine rechtsirrige, allein sie liegt dem angefochtenen Urteil in Wirklichkeit nicht zu Grund, wie aus dessen weiterem Inhalt sich ergibt. Denn vor der betreffenden Stelle ist im Urteil ausgeführt, daß für die nach den Umständen des Einzelfalls zu treffende Feststellung des Aus-

gabeorts „insbesondere auch“ erheblich sei, an wen die Druckschrift ihrem Inhalt nach sich richte und falls aus dieser sich ergebe, daß sie am Druck- oder Verlagsort gar nicht in die Oeffentlichkeit herauszutreten bestimmt sei, sondern an einem anderen Ort und in letzterem hernach auch die Tätigkeit stattfinde, durch welche sie dem Publikum zur Kenntnisnahme und zum Erwerb dargeboten wird, werde dieser Ort als der Ausgabeort anzusehen sein. Hienach ist das Berufungsgericht nicht von der in der Revisionsschrift ihm unterstellten Ansicht, sondern davon ausgegangen, daß Inhalt und Bestimmung einer Druckschrift unter Umständen neben anderen Momenten ein wichtiger Beweisgrund für die Feststellung des Ausgabeorts bilden können und daß entscheidend dabei stets bleibe, an welchem Ort die die Ausgabe und Veröffentlichung der Druckschrift kennzeichnende Tätigkeit entfaltet werde. Diese rechtlich einwandfreie Auffassung zeigt sich weiterhin darin, daß unmittelbar nach der oben angeführten Urteilsstelle und zwar im gleichen Satz hervorgehoben wird, daß der in S. wohnende Angeklagte die Ausgabe des in Stuttgart nur gedruckten Flugblatts von dort übertragen erhielt und daß er die gesamte mit der Ausgabe verbundene Tätigkeit ausschließlich und selbständig entwickelt habe. Auf Grund dieser und der weiteren tatsächlichen Feststellung, daß das Flugblatt von Stuttgart aus in 1000 Stücken nach S. an den Angeklagten versandt wurde und in erstgenannter Stadt, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht, abgesehen davon, daß sie im Flugblatt als Druckort und Wohnsitz des Verlegers genannt ist, eine Ausgabe- und Veröffentlichungstätigkeit nicht stattgefunden hat, konnte der Vorrichter ohne Rechtsirrtum zu der Annahme gelangen, daß S. und nicht Stuttgart der Ausgabeort des Flugblatts sei.

Soweit die Revision sodann die im Berufungsurteil aus tatsächlichen Erwägungen getroffene Feststellung bemängelt, daß das Flugblatt ausschließlich für die Bevölkerung von S. und Umgebung bestimmt gewesen sei, sofern es sich nach der Ueberschrift nicht bloß an die dortigen, sondern über-

haupt an die im württembergischen und badischen Schwarzwald beschäftigten Uhrenindustriearbeiter wende, so bekämpft sie eine auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung, welche nach § 380 StPO. dem Revisionsangriff entzogen ist. Dasselbe trifft für die in der Revisionsverhandlung aufgestellte Behauptung zu, daß von demselben Flugblatt an andere Uhrenindustrieorte des Schwarzwalds wie Schwenningen, Furtwangen u. s. w. gleichfalls Tausende von Exemplaren versandt worden seien, wobei jeweils nur Ort, Lokal und Datum der Versamlung abgeändert wurden. Abgesehen von der Frage, ob solchenfalls eventuell nicht andere Druckschriften in Betracht kämen, ist für dieselbe Druckschrift auch ein mehrfacher Ausgabeort im Sinn des Gesetzes möglich. Und ebensowenig vermag sich der Revisionskläger auf einen seine Strafbarkeit ausschließenden Irrtum mit Erfolg zu berufen, denn dieser sein Irrtum betraf die Auslegung des dem Strafrecht angehörigen Begriffs des Ausgabeorts einer Druckschrift und kann deshalb die Anwendung des § 59 StGB. nicht begründen.

Urteil des Straffenats v. 6. November 1905 in der Revisionssache gegen Th. R. in S. wegen Preßgesetzübertretung.

2.

Zum Tatbestand der Polizeistundeübertretung im Sinn des § 365 StGB.

Der Berufungsrichter gelangte zu der Schlußfeststellung, die Angeklagten haben in der Nacht vom 21./22. Februar 1905 in S. in einer Schankstube über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt, ungeachtet sie ein Polizeibeamter zum Fortgehen aufgefordert habe, Uebertretung des § 365 StGB. Dabei wurden folgende weitere Feststellungen zugrunde gelegt: es sei erwiesen, daß der den Angeklagten bekannte Schutzmann W. dieselben nach Eintritt der auf 1 Uhr festgesetzten Polizeistunde aufgefordert habe, sie sollen austrinken und gehen, und daß sie diese Aufforderung gehört haben und

trotzdem in dem Wirtszimmer des Wirts K. geblieben seien. Gegenüber dem Vorbringen der Angeklagten, sie seien infolge der Einladung des Wirts zu unentgeltlicher Bewirtung anläßlich des Geburtstags des Wirts dessen Privatgäste geworden, ist tatsächlich festgestellt, die unentgeltliche Bewirtung sei, wenn auch aus Anlaß des Geburtstags des Wirts, so doch wegen der Beziehung des Wirts zu den Angeklagten als Stammgästen, als Ausdruck der Erkenntlichkeit für den bisherigen und in der Hoffnung auf künftigen Besuch der Wirtschaft erfolgt, also in Wahrung des Geschäftsinteresses. Von hieraus wurde weiter gefolgert, die Bewirtung stelle sich daher als Gewerbebetrieb auch in diesem Falle dar und die Angeklagten seien als gewöhnliche Schankgäste anzusehen. Damit gelangte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum zu der angeführten Schlußfeststellung, daß die Angeklagten in einer Schankstube verweilt haben, auch nachdem die Bewirtung eine zunächst unentgeltliche geworden war. Es ist noch angefügt, daß hieran auch die Erklärung des Wirts nichts ändere, er würde sie in seinem Privatzimmer bewirten, wenn nicht die Anwesenheit seiner Ehefrau in diesem es verhindern würde. Auch hierin ist kein Rechtsirrtum zu finden, da selbst eine Bewirtung in einem Privatzimmer unter den festgestellten Umständen, dieses zu einer, wenn auch unerlaubterweise als solche benützten, Schankstube gemacht hätte.

Die Revision bezeichnet die Begründung der Annahme, die Angeklagten seien Schankgäste geblieben, durch die angeführte tatsächliche Feststellung als nicht zutreffend, indem sie die weitere Tatsache anführt, die im schöffengerichtlichen Urteil und zwar in einer vom Berufungsurteil in Bezug genommenen Stelle enthalten ist, also immerhin angeführt werden kann, daß die andern anwesenden Gäste bei Eintritt der Polizeistunde von dem Wirt zum Weggehen veranlaßt wurden und daraus den Schluß zieht, daß ein engerer Kreis gebildet werden sollte. Allein auch die Teilnehmer eines solchen engeren Kreises, so eben eines Kreises von Stammgästen, konnten als Schankgäste und ihr Verweilen als ein solches in einer

Schankstube angesehen werden, und sie sind nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über die gewerblichen Zwecke der Bewirtung, wie das Berufungsgericht nach dem oben Ausgeführten ohne Rechtsirrtum annimmt, so anzusehen. Auch die von der Revision gleichfalls wieder angeführte tatsächliche Behauptung über die beabsichtigte Benützung eines andern Zimmers vermag, wie bereits ausgeführt, diese Schlußfolgerung nicht zu beeinträchtigen. Ebensowenig ist dies der Fall, wenn zu diesen Umständen noch die weitere Tatsache treten würde, die von der Revision behauptet wird und nur insoweit im Revisionsverfahren berücksichtigt werden kann, als sie dem Sinne nach den Feststellungen des Berufungsrichters entspricht, daß nämlich die Angeklagten gute Bekannte des Wirts seien. Eben als solche konnten sie Stamm- und Schankgäste sein.

Ueber den Vorsatz, mit dem die Angeklagten gehandelt haben, hat das Berufungsgericht folgendes festgestellt: die vier Angeklagten haben, nachdem ihnen der Schutzmann W. beim Abbieten ausdrücklich erklärt hatte, „hier gebe es keine Privatgäste!" sehr wohl mit der Möglichkeit gerechnet, daß sie nicht Privatgäste des Wirts, sondern gewöhnliche Schankgäste und so nicht berechtigt seien, nach der Aufforderung des Schutzmanns W. zum Verlassen der Wirtschaft noch weiter dort zu verweilen, und haben auch für diesen Fall der Aufforderung des W. ungeachtet im Schanklokal verweilen wollen. Aus diesen tatsächlichen Feststellungen zieht das Berufungsurteil den nicht zu beanstandenden Schluß, daß die Angeklagten hiebei vorsätzlich gehandelt haben. Es wird übrigens für den Fall, daß Vorsatz nicht vorliegen sollte, Fahrlässigkeit festgestellt. Wenn die Revision dagegen geltend macht, die Angeklagten haben geglaubt, sie seien als Privatgäste des Wirts berechtigt, zu verweilen, und haben für diesen Glauben erhebliche Gründe gehabt, wobei noch angeführt wird, nach den für S. maßgebenden Statuten sei der Wirt derjenige, welcher den Gästen abzubieten habe, so ist dieses Vorbringen, soweit es sich gegen die tatsächlichen

Feststellungen des Berufungsurteils über den Willensinhalt der Angeklagten richtet, im Revisionsverfahren nicht zu berücksichtigen; soweit es mit diesen Feststellungen vereinbar ist, sachlich unerheblich, da es den angeführten Schluß auf Vorsätzlichkeit bestehen läßt. Dabei schließt die tatsächliche Behauptung über das Abbieten des Wirts nach S.' Statut, die übrigens gleichfalls nur insoweit Berücksichtigung finden könnte, als sie mit den Feststellungen des Urteils hierüber zusammenstimmt, keineswegs aus, daß zwar der Wirt an erster Stelle in Tätigkeit zu treten hat, wie er auch in § 365 StGB. an erster Stelle genannt ist, daß aber die Polizeibeamten, wenn auch nicht die Verpflichtung, das Abbieten regelmäßig zu besorgen, so doch die amtliche Befugnis haben, abzubieten, was auch nach dem Urteil im seitherigen Verfahren nicht in Zweifel gezogen ist. Hienach war die Revision zu verwerfen.

Urteil des Strafsenats v. 1. Aug. 1905 gegen M. J. in S. wegen Uebertretung im Sinn des § 365 StGB.

3.

Kann der Redakteur als eine den unerlaubten Handel mit Losen befördernde Mittelsperson im Sinn des Art. 7 Ziffer 3 Abs. 2 PolStG. in Betracht kommen?

Aus den

Gründen:

Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt veröffentlichte der Angeklagte in zwei Nummern der von ihm herausgegebenen und redigierten K.Zeitung im Annonceteil ein Inserat, in welchem der Hauptlotterie-Einnehmer J. L. in B. „Originallose der demnächst beginnenden großen Geldlotterie" unter näherer Angabe des Verlosungskapitals, der Hauptgewinne und der Preise für ganze oder Teillose empfiehlt und zu Bestellungen solcher Lose auffordert mit dem Bemerken, daß diese Bestellungen spätestens bis zum

15. April 1905 an ihn (L.) zu senden seien und daß er die Bestellungen gegen Nachnahme oder Voreinsendung des Betrags ausführen werde. Die Aufnahme des Inserats in der K.Zeitung geschah zufolge eines an deren Expedition von L. gesandten Schreibens auf Anordnung des Angeklagten und gegen Bezahlung der entsprechenden Insertionsgebühren. Die angekündigte, in Ungarn veranstaltete öffentliche Lotterie hat die Genehmigung der zuständigen württ. Behörde nicht erlangt und der Vorrichter deshalb eine Verfehlung des L. wider Art. 7 Ziff. 3 Abs. 1 PolStG. als vorliegend angenommen, wogegen der Angeklagte S. von der wider ihn erhobenen Anklage einer Uebertretung im Sinn des Art. 7 Ziff. 3 Abs. 2 PolStG. in Verbindung mit § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes freigesprochen wurde. Gegen diese Freisprechung, näherhin gegen die Nichtanwendung der Strafbestimmung des Art. 7 Ziff. 3 Abs. 2 PolStG. richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft.

Nach Art. 7 Ziff. 3 Abs. 1 des württ. PolStG. wird mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. oder Haft bestraft: wer Lose von öffentlichen Lotterien oder öffentlichen Ausspielungen, welche außerhalb Württembergs veranstaltet worden sind und die erforderliche Genehmigung der zuständigen württ. Behörde nicht erlangt haben . . . absetzt, anbietet oder feilhält. Der hier in Betracht kommende Absatz 2 lautet: Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher als Mittelsperson in gewinnsüchtiger Absicht den Ankauf oder Verkauf von solchen Losen oder Bezugsscheinen befördert. Das Berufungsgericht hat nun die Freisprechung des Angeklagten wie folgt begründet: 1) durch die Veröffentlichung der das Lotterieunternehmen des L., also ein fremdes Unternehmen, betreffenden Annoncen sei der Angeklagte nicht Täter in Bezug auf dieses Unternehmen geworden, sofern er die Tat nicht als eigene gewollt, sondern nur Beihilfe dazu geleistet habe, Beihilfe zu einer Uebertretung aber sei nicht strafbar; 2) der Tatbestand des Art. 7 Ziff. 3 Abs. 2 liege nicht vor, insofern der Angeklagte zwar durch die Veröffentlichung der An-

noncen den An- und Verkauf von Losen der in Art. 7 Ziff. 3 verpönten Art befördert, dies auch in gewinnsüchtiger Absicht, nämlich um seine Einnahmen durch Inserate zu steigern, getan habe, anderseits aber eine Tätigkeit „als Mittelsperson" wider ihn nicht festgestellt werden könne, da er nicht persönlich und in der Weise wie dies seitens der im Losvertrieb tätigen Mittelspersonen, der Loshändler und ihrer Agenten, zu geschehen pflege, den Abschluß von Losankäufen oder -verkäufen zwischen den hiefür in Betracht kommenden Personen vermittelt habe.

Die zu Ziffer 1 gegebene Begründung erscheint rechtlich einwandfrei und ist von der Revision auch nicht angegriffen. Denn nachdem aus dem festgestellten Inhalt der kritischen Lotterieannonce sich ergibt, daß nicht der Angeklagte sondern lediglich der Lotterieeinnehmer L. die Abnahme von Losen empfiehlt und Bestellungen hierauf annimmt und ausführt, daß der Angeklagte auch nicht gemeinschaftlich mit L. Lose anbietet, vielmehr diesem durch Veröffentlichung der Losangebote desselben nur behilflich ist, also eine fremde strafbare Tat unterstützt, konnte der Angeklagte durch Aufnahme und Veröffentlichung der das fremde Unternehmen betreffenden Annonce nicht Täter in Beziehung auf dieses Unternehmen werden, somit auch nicht als Täter auf Grund des Art. 7 Ziff. 3 Abs. 1 PolStG. bestraft werden und die Strafbarkeit als Gehilfe war gesetzlich ausgeschlossen, da die Tat, zu welcher er Beistand leistete, eine bloße Uebertretung im Sinn des Strafgesetzes darstellt. Bei diesem Sachverhalt entfällt auch die Möglichkeit einer Bestrafung in Gemäßheit des § 20 Abs. 1 und 2 des Preßgesetzes von selbst, Entsch. RG. 26 S. 226.

Anbelangend die Strafbestimmung des Abs. 2 Ziff. 3 Art. 7 PolStG. erhebt sich die Frage, ob die oben zu Z. 2 erwähnte Begründung der Freisprechung nicht wie die Revision behauptet eine zu enge und vom Gesetzgeber nicht gewollte Auslegung des Rechtsbegriffs eines „Beförderns als Mittelsperson" erkennen läßt. In dieser Rich-

tung läßt sich der Entstehungsgeschichte dieser Strafbestimmung folgendes entnehmen. Die letztere ist erst durch die Novelle vom 4. Juli 1898 in das Polizeistrafgesetz gekommen und zwar auf Anregung des Berichterstatters der Abgeordnetenkammer; der Regierungsentwurf zu dieser eine Ergänzung und Erweiterung der bestehenden polizeistrafrechtlichen Vorschriften bezweckenden Novelle hatte eine Bestimmung wegen Bestrafung der Mittelspersonen in Art. 7 Ziff. 3 überhaupt nicht vorgesehen und wie vom Regierungsvertreter erklärt wurde, auch nicht für ein wesentliches Bedürfnis gehalten, Prot. Bd. VI 1897 S. 3508. Die Aufnahme einer solchen Strafbestimmung wurde bei der landständischen Beratung in der II. Kammer wie folgt begründet: eine Ergänzung der seitherigen Strafvorschrift der Ziff. 3 sei wünschenswert, um auch diejenigen sicher zu treffen, welche als Unterhändler, Agenten den Handel mit verbotenen Losen fördern helfen und welche bei der jetzigen Fassung und da die Beihilfe zu einer Uebertretung nicht strafbar sei, dann wenn sie in anderer als der in Ziff. 3 angegebenen Weise tätig sind, nicht verfolgt werden können; dies werde dann erreicht, wenn der Ziff. 3 ein weiterer Satz angefügt werde des Inhalts „wer den Handel mit solchen Losen als Mittelsperson befördert“, welcher Zusatz der diesbezüglichen preußischen Vorschrift entspreche und umsomehr geboten sei als die Ziff. 3 sonst eine Lücke aufweisen würde gegenüber der im Entwurf vorgeschlagenen Ziff. 3a, welche die Beförderung des Teilhandels mit Losen (Losanteilen oder Abschnitten) als Mittelsperson unter Strafe stelle. Mit der Beifügung dieses Zusatzes erklärte sich der Regierungsvertreter einverstanden und sie wurde ohne Widerspruch beschlossen, wobei lediglich der einschränkende Antrag, nur die „gewerbsmäßige“ Beförderung als Mittelsperson unter Strafe zu stellen wie in Z. 3a abgelehnt wurde mit dem Hinweis, daß es sonst in vielen Fällen nicht möglich wäre, den betreffenden Vermittler oder Agenten zur Strafe zu bringen und der Agent dann straffrei bliebe, trotzdem er in anderen Bezirken eine gleiche, dem Gericht

nur nicht bekannt gewordene Tätigkeit entwickelt habe; dagegen wurde als Voraussetzung für die Strafbarkeit der Beförderung des Loshandels durch Mittelspersonen noch bestimmt, daß letztere in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt haben, um Fälle auszuschließen, wo die Vermittlung aus bloßer Gefälligkeit geschehen war, vgl. Bericht der Justizkom. Abg.-K. 1897 Beil. 224 S. 478/9, Prot. Bd. VI 1897 S. 3506–8, 3513. In der Kammer der Standesherren wurde dem neuen Abs. 2 der Ziff. 3 Art. 7 zugestimmt mit dem Bemerken, daß in Uebereinstimmung mit Abs. 2 der Ziff. 3a die Tätigkeit der Mittelspersonen unter Strafe gestellt werden solle, womit insbesondere die Agenten der Loshändler betroffen werden, Ber. Justizkom. I. K. 1898 Beil. XIX S. 3/4; Prot. Bd. II 1895/99 S. 670.

Während die angeführten Stellen aus den Gesetzesmaterialien für die vom Berufungsgericht vertretene, einschränkende Auslegung des Begriffs der Beförderung durch Mittelspersonen sich verwerten lassen, wonach unter letzteren nur die Loshändler, Zwischenhändler und Agenten begriffen wären, sprechen andere Stellen und zumal die nachweisbare nächste Veranlassung zu der Aufnahme des auf die Strafbarkeit von Mittelspersonen bezüglichen Zusatzes unzweifelhaft gegen jene einschränkende Auslegung und dafür, daß gerade auch die Herausgeber von Zeitungen getroffen werden wollten. Der Berichterstatter der Abgeordneten-Kammer hat nämlich gleich bei der ersten Lesung des Gesetzentwurfs die Frage aufgeworfen, wie es mit den Herausgebern von Zeitungen sei, welche die Lotteriepläne solcher verbotener Lotterien veröffentlichen, ob diese bereits unter das bestehende Gesetz fallen oder ob für sie eine besondere Strafbestimmung nötig sei? Liege in der Veröffentlichung des Lotterieplans schon ein Anbieten der Lose, so fallen sie unter Art. 7 Ziff. 3, treffe dies nicht zu, so seien sie nach der bestehenden Gesetzgebung nicht strafbar, doch sei die Frage bestritten und sollte gelöst werden. Vom Staatsminister des Innern wurde ihm erwidert, daß die Frage ob auch die Ankündigung nicht ge-

statteter Lotterien in den Zeitungen unter das im Entwurf vorgesehene Verbot (des § 7 Ziff. 3[2] betr. den Handel mit Teillosen) falle, vom Standpunkt der Intention des Entwurfs aus zu bejahen sei und wenn dies noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden wolle, so habe er nichts dagegen, vgl. Prot. Abg. K. 1896 S. 2054, 2057. Bei Beratung in der Justizkommission der Abg.-Kammer hat der Berichterstatter sodann unter Berufung auf diese Erklärung sowie mit dem Hinweis auf die preußische und bayerische Gesetzgebung und den Umstand, daß die bloße Veröffentlichung des Ziehungsplans mit den verlockenden Gewinnen oder des Ergebnisses einer früheren Ziehung in den Zeitungen nicht unter „Anbieten von Losen" falle, aber doch das Publikum aufmerksam mache und die Lust zu Nachfragen in ihm wecke, also den Handel mit verbotenen Losen wesentlich fördere, eine besondere Strafbestimmung für die öffentliche Ankündigung nicht genehmigter Lotterien beantragt, diesen Antrag aber auf erhobene Einwendungen mit dem Bemerken zurückgezogen, daß nur eine Ankündigung in den in Württemberg erscheinenden Zeitungen in Frage käme und eine solche öffentliche Ankündigung von Lotterieplänen und Gewinnlisten zumeist mit einem unter das Gesetz fallenden Anbieten von Losen verbunden sein werde und wo dies ausnahmsweise nicht der Fall sei, werde die Ankündigung unter das Befördern des Loshandels als Mittelsperson zu subsumieren sein; deshalb beschränke er sich auf den Antrag, den oben erwähnten Zusatz betr. die Strafbarkeit des Beförderns als Mittelsperson einzuschalten. Ferner wurde noch besonders ausgesprochen, daß wenn das Anbieten von Teillosen in einer in Württemberg erscheinenden Zeitung erfolgt, auch der verantwortliche Redakteur bezw. der Verleger und Drucker hiewegen zur Strafe gezogen werden können, vgl. den zit. Kommissionsbericht S. 478, 477. Bei der Beratung in der Abgeordnetenkammer wurden diese Ausführungen mit dem Anfügen wiederholt, daß der Staatsminister und die Kommission mit der erwähnten Auffassung des Berichterstatters sich ein-

verstanden erklärt haben, was vom Staatsminister des Innern ausdrücklich bestätigt und wogegen auch sonst keinerlei Widerspruch erhoben, vielmehr noch besonders betont wurde, daß „das Befördern" auch das Ankündigen und Veröffentlichen von Spielplänen, überhaupt jede andere denkbare Art von Begünstigung des Loshandels umfasse; vgl. zit. Prot. Bd. VI 1897 S. 3506/7, 3508—3513.

Hieraus läßt sich mit zureichender Sicherheit folgern, daß der Gesetzgeber mit der Strafbestimmung in Abs. 2 der Ziff. 3 Art. 7 nicht bloß die vermittelnde Tätigkeit der Losunterhändler und Agenten, sondern gerade auch die durch Aufnahme entsprechender Inserate den unerlaubten Losvertrieb fördernde Tätigkeit der Herausgeber und Redakteure von Zeitungen unter Strafe stellen wollte und tatsächlich auch gestellt hat. Denn die Wortfassung der Strafbestimmung steht dieser Auffassung in keiner Weise entgegen: als Mittelsperson befördert den Absatz von Losen einer nicht genehmigten Lotterie nicht bloß derjenige, welcher zur Herbeiführung des Kaufabschlusses zwischen beiden Teilen Verhandlungen führt oder wie das Berufungsgericht ausspricht, persönlich den Abschluß von Losankäufen vermittelt, sondern nicht minder derjenige, welcher die Kenntnisnahme des Publikums und die Anregung der Kauflust desselben durch Veröffentlichung eines Lotterieunternehmens mit verlockenden Gewinnen sowie der Losangebote des Kollekteurs vermittelt. Die Eigenschaft als befördernde Mittelsperson kann ebensowohl dadurch begründet werden, daß man unter Angabe der Existenz und Gewinnaussichten einer bestimmten Lotterie, sowie der Bezugsquelle und -preise der Lose die Empfehlung und Aufforderung zum Ankauf derselben öffentlich verbreitet und dadurch die Spiellust im Kreise der Zeitungsleser zu erregen unternimmt als sie dadurch begründet wird, daß man als Zwischenhändler oder Agent für Einleitung und Abschluß von bezüglichen Verkaufshandlungen direkt tätig wird. Auch ist zu beachten, daß jene Eigenschaft von vorneherein ausschließt, daß der Betreffende etwa selbst die Lose verkaufen

wollte, sowie daß nach Abs. 2 der Ziff. 3 Art. 7 die Tätigkeit des Absatzbeförderers als einer Mittelsperson den selbständigen Tatbestand einer Straftat bildet und die Anwendung der Grundsätze von Beihilfe und Versuch zu einem verbotenen Losverkauf ausgeschlossen bleibt. Endlich findet diese Auffassung ihre Unterstützung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches in mehreren, das preußische Gesetz vom 29. Juli 1885 bezw. die Verordnung vom 25. Juni 1867 über das Spielen in außerpreußischen Lotterien betreffenden Entscheidungen anerkannt hat, daß in der Aufnahme von Lotterieinseraten seitens eines Redakteurs unbedenklich eine Beförderung des Verkaufs der Lose durch eine Mittelsperson gesehen werden könne, vgl. Entsch. RG. in Straff. Bd. V S. 302, 315—317, 376. Die Strafbestimmung in Abs. 2 Ziff. 3 Art. 7 PolStG. ist aber wie oben gezeigt, gerade dem preußischen Gesetz nachgebildet worden.

Hienach erscheint die der Freisprechung des Angeklagten zu Grunde liegende Auffassung des Berufungsgerichts von einem Rechtsirrtum beeinflußt und entspricht die Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt nicht dem Sinn und Zweck der in Betracht kommenden Strafbestimmung. Dies rechtfertigt die Aufhebung des Urteils.

Urteil vom 9. Oktober 1905 in der Strafsache g. K. St. in A.

4.

Zum Tatbestand des § 153 der RGewO. (sog. Streikparagraph).

Aus den

Gründen:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils haben am 26. März 1905 die Fuhrleute und Hallenarbeiter von St. beschlossen, zum Zweck der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen in den Ausstand zu treten. Der Angeklagte war „Streikleiter“. Der Ausstand sollte am 27. März 1905 beginnen, es zeigte sich aber, daß viele Transportarbeiter am Morgen dieses Tags die Arbeit nicht nie-

derlegten. Nun verfaßte der Angeklagte am 27. März einen Aufruf folgenden Inhalts:

„Aufruf an alle Fuhrleute und Hallenarbeiter, welche „sich bisher der Bewegung nicht angeschlossen haben. Wollt „Ihr den Schandfleck, das Brandmal auf Euch laden, daß „man Euch als Abtrünnige bezeichnet? Sind Euch Eure „Nebenkollegen gar nichts? Schließt Euch an! Sofort „laßt das Geschäft liegen und die Unternehmer müssen „bewilligen, sie müssen der Einigkeit der Kollegen nach- „geben. Ueberlegt Euch Euer Vorgehen, das zum Ver- „brechen werden kann.

„Jeder heraus aus dem Betrieb.

Das Streikkomitee!"

Dieser Aufruf wurde auf Anweisung des Angeklagten auf dem ihm zur Verfügung stehenden Schapirograph in 40—50 Exemplaren vervielfältigt. In einer Versammlung der Streikenden am 27. März 1905 gab der Angeklagte die einzelnen Exemplare an etwa 40 Streikende aus mit dem Auftrag, sie an „Streikbrecher" zu verteilen, um diese zu veranlassen, sich der Lohnbewegung anzuschließen. Ob auch nur ein einziges Exemplar einem Streikbrecher ausgehän- digt wurde, fährt das Urteil fort, sei nicht festgestellt. Ein Exemplar sei durch W. S. an der Stalltüre des Fuhrwerk- besitzers K. angeschlagen worden, aber auch hier stehe nicht fest, daß ein Fuhrmann oder Hallenarbeiter, der in den Aus- stand nicht eingetreten war, es gelesen habe. Hienach, sagt das Urteil, sei nicht festzustellen, daß der Angeklagte andere durch Ehrverletzung zur Koalition zu bestimmen versucht habe, vielmehr seien ihm nur Vorbereitungshand- lungen zu dieser Handlung nachgewiesen. Folglich habe eine Bestrafung wegen eines Vergehens gegen § 153 der Gewerbeordnung nicht stattfinden können.

Nach § 153 der GewO. wird bestraft, wer andere durch .... Drohungen, durch Ehrverletzung oder durch Verrufser- klärung bestimmt oder zu bestimmen versucht, an den in dem § 152 das. bezeichneten Verabredungen (behufs Erlangung

günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen) teil zu nehmen, oder wer durch gleiche Mittel andere hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten. Der Versuch des Bestimmens oder Hinderns ist also hier dem Bestimmen und Hindern gleichgestellt. Vorliegenden Falls, da nicht als erwiesen erachtet wurde, daß irgend jemand in der angegebenen Weise wirklich bestimmt worden ist, konnte es sich nur darum handeln, ob die festgestellte Tätigkeit des Angeklagten als ein Versuch, andere zu bestimmen, anzusehen ist. Das Berufungsgericht hat, wie bereits bemerkt, dies verneint und nur Vorbereitungshandlungen darin gefunden.

Die Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlungen ist in erster Linie Tatfrage und insoweit Sache des Berufungsrichters. In der Revisionsinstanz ist jedoch nachzuprüfen, ob nicht bei der vom Berufungsrichter in dieser Richtung getroffenen Entscheidung eine rechtsirrtümliche Auffassung der in Betracht kommenden Rechtsbegriffe mit unterläuft. In dieser Beziehung aber gibt das Urteil zu Bedenken Anlaß. Es liegt kein Grund vor, den Begriff „versuchen" in § 153 der GewOrd. anders zu verstehen als sonst im Strafrecht.

Hienach entscheidet sich die Frage nach Versuch oder Vorbereitungshandlungen danach, ob der Täter seinen Entschluß, andere zu bestimmen, durch Handlungen betätigt hat, welche bereits einen Anfang der Ausführung dieser Tat enthalten. Das Urteil läßt nun aber nicht erkennen, ob es bei seiner Entscheidung von richtigem Verständnis dieser Rechtsbegriffe ausgegangen ist. Es spricht sich in dieser Beziehung überhaupt nicht näher aus. Die besondere Hervorhebung des Umstands, daß keiner der sog. Streikbrecher den vom Angeklagten verfaßten Aufruf in die Hand oder zu Gesicht bekommen habe, scheint darauf hinzuweisen, daß das Urteil gerade diesen Umstand als entscheidend für die Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung angesehen hat, also ein versuchtes Bestimmen angenommen hätte, falls der Aufruf den Streikbrechern zugegangen wäre. Hieraus aber wäre zu schließen, daß das Berufungsgericht einen Versuch,

einen andern zu einer gewissen Handlungsweise zu bestimmen, erst dann für möglich hält, wenn mit der Einwirkung auf den zu Bestimmenden selbst bereits begonnen worden ist. Hiemit aber wäre dem Begriff des Versuchs, wie er oben dargelegt, eine zu enge und daher unrichtige Auslegung gegeben. Dabei fehlt es im Urteil an einem ausdrücklichen Ausspruch darüber, wie sich der Berufungsrichter die Stellung der vom Angeklagten mit Verteilung des Aufrufs Beauftragten denkt; er scheint sie als seine Werkzeuge anzusehen. Das Urteil gibt hienach keine genügende Grundlage für eine Nachprüfung, ob ein Rechtsirrtum vorliegt oder nicht; es konnte daher nicht aufrecht erhalten werden.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils hätte der Angeklagte, falls die Verbreiter des Aufrufs als seine Werkzeuge zu betrachten sind, alles getan, was von seiner Seite möglich und erforderlich war, um auf dem von ihm gewählten Wege, durch Benützung jener Werkzeuge, seine Absicht zur Ausführung zu bringen. Der weitere Verlauf der Sache — ob seine Beauftragten den Aufruf richtig verteilten — lag außerhalb seines Willens und konnte den Charakter seiner Tätigkeit nicht verändern. Wenn, wie oben gezeigt, deshalb Vorbereitungs- und nicht Ausführungshandlungen angenommen wurden, weil der Aufruf den Adressaten nicht nachweislich zugegangen ist, so führt dies zu dem Ergebnis, daß ganz die gleiche Tätigkeit entweder als Versuch oder als Vorbereitungshandlung sich darstellen würde, je nachdem gewisse, vom Willen des Täters unabhängige Umstände eintreten oder nicht, vgl. Rechtspr. RG. VI, 777.

Nach dem Ausgeführten war das Urteil, soweit es die Verurteilung des Angeklagten wegen Vergehens gegen § 153 der GewO. abgelehnt hat, samt den ihm zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen aufzuheben.

Urt. d. Strafsen. v. 27. September 1905 i. d. Strafsache gegen J. R. in St. wegen Uebertretung des Preßgesetzes bezw. Verg. gegen § 153 GewO.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Die Verpflichtung des Gebäudebesitzers zur Entrichtung rückständiger Dohlenbeiträge.

Aus den

Gründen:

Nach Art. 11 Abs. 3 der Allg. Bauordnung „können die Gebäudebesitzer verpflichtet werden, der Gemeinde für jede Benützung ihrer unterirdischen Wasserableitungskanäle einen Beitrag zu leisten, welcher von den Gemeindekollegien mit Genehmigung der Regierungsbehörde bestimmt wird“ und es können durch die Ortsbaustatuten nähere Bestimmungen hierüber getroffen werden.

Innerhalb des Umfangs dieser Ermächtigung hat das vom K. Ministerium des Innern genehmigte, von den Gemeindekollegien beschlossene und veröffentlichte Dohlenbaustatut der Gemeinde Z. in § 13 bestimmt, daß für die Benützung der öffentlichen Dohlen von den Gebäudebesitzern einmalige Beiträge zu entrichten sind und diese Beiträge sind in § 14 auf 10 Mk. für den laufenden Meter Frontlänge vom Vordergebäude festgesetzt. In § 13 ist ferner bestimmt, daß diese Beiträge „in der Regel“ vor Einführung der Hausdohlen in die öffentlichen Dohlen zu bezahlen sind und in § 23, daß sich die Verpflichtung auch auf bereits errichtete Gebäude bezieht.

Hienach ist also für Benützung der öffentlichen Dohlen von den Gebäudebesitzern der Beitrag zu leisten. Der Beklagte benützt, wie nicht bestritten ist, vermittelst seiner Hausdohle als Eigentümer und Besitzer des Hauses .... straße .. die öffentliche Dohle und hat daher den Beitrag zu leisten. Er hat, da es sich um einen nur einmaligen Beitrag handelt, diesen nur insoweit zu leisten, als der Beitrag nicht bereits durch seinen Rechtsvorgänger entrichtet ist. Daß die Beiträge nach dem Statut „in der Regel“ früher bezahlt werden sollen, als der jetzt geforderte bezahlt würde, schließt in keiner Weise aus, daß die Beiträge, wenn sie nicht bezahlt sind, auch weiterhin geschuldet werden und zwar für die Benützung der Dohle von dem, der die Dohle benützt; zu vergl. auch § 23 des Dohlenbaustatuts.

Es handelt sich nicht darum, daß der gegen den früheren Gebäude-Eigentümer allerdings entstandene Anspruch, solange er nicht befriedigt ist, übergehen würde auf den Rechtsnachfolger, sondern der Anspruch wird jeweils begründet durch Benützung der öffentlichen Dohle und entsteht vermöge dieser Benützung gegen jeden, der als Hauseigentümer die öffentliche Dohle benützt. Hiebei tritt jedoch die Beschränkung ein, daß der Anspruch nur bis zu dem nicht bereits anderweitig bezahlten Betrag entsteht und besteht.

Daß es sich um eine Beitragsleistung für die Benützung der Gemeindedohle handelt, geht auch aus den Motiven der Bauordnung hervor, welche bemerken, daß die Beitragsverpflichtung „ihre vollkommene Begründung finde in dem gewöhnlich mit der Herstellung, Unterhaltung und Reinigung unterirdischer Wasserableitungskanäle verbundenen größeren Kostenaufwand und in dem erheblichen Vorteil, den die Besitzer der längs solcher Kanäle stehenden Häuser vorzugsweise davon haben“ (Bitzer, Bauordnung zu Art. 11 S. 150).

In gleicher Weise ist diese Frage entschieden durch ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 14/21. Oktober 1903 in Sachen M. gegen Stadtgemeinde H., Württ. Jahrb. Bd. 15

S. 371 ff., wobei das maßgebende Kanalbaustatut in seiner mit der Bauordnung weniger übereinstimmenden Ausdrucksweise eher Anlaß zu Bedenken gab, als im vorliegenden Falle. Ferner ist zu vergl. Boschers Zeitschrift Bd. 20 S. 187 (No. 47).

Gegen diese Auffassung wendet sich Boschers Zeitschrift Bd. 47 S. 246 ff. und S. 277 ff. Allein diesen Ausführungen gegenüber ist wiederholt darauf hinzuweisen, daß nach dem unzweideutigen Wortlaut der Bauordnung der Beitrag für jede Benützung zu leisten ist und eine Benützung der öffentlichen Dohle nicht bloß erfolgt durch die Herstellung des Anschlusses der Hausdohle an die öffentliche Dohle, sondern fortgesetzt stattfindet durch das Ablaufen des Abwassers aus dem Haus in die öffentliche Dohle.

Für diese Benützung ist im vorliegenden Fall nicht ein nach dem Umfang der wirklichen Benützung bemessenes Entgelt festgesetzt, sondern nur ein nach allgemeineren Anhaltspunkten, wie die Größe des Hauses, bestimmtes als einmaliger Beitrag vorgesehen. Es handelt sich ferner nicht um die aus Wächter Erörterungen I S. 127 und Württ. Privatrecht I S. 621, II S. 312 angeführten Reallasten oder auf dem Grundstück ruhenden Gemeindeabgaben, sondern wie bemerkt um ein besonderes Entgelt für Benützung einer öffentlichen Einrichtung, für das die bezeichneten besonderen Bestimmungen mit dem ausgeführten Inhalt maßgebend sind.

Die Verjährung des fraglichen Anspruchs nach Art. 141 Ausf.Ges. zum BGB. könnte jedenfalls erst beginnen mit der frühestens durch die Verkündung des Dohlenstatuts am 30. Juni 1900 gegebenen Entstehung des Anspruchs, wäre also vor der Klagerhebung im vorliegenden Falle, 14. Dezember 1904, nicht vollendet gewesen. Die Verjährung des Anspruchs gegen den Beklagten konnte aber erst beginnen, nachdem der Anspruch in der oben ausgeführten Weise gegen den Beklagten entstanden war, also nach dessen Angabe nicht vor dem 5. Juli 1902. Dabei bleibt noch dahingestellt, ob nicht durch die fortdauernde Benützung der Anspruch

immer wieder aufs neue entstehen würde. Verjährung ist daher keinenfalls eingetreten.

Wenn nur gegen Abtretung der Ansprüche der Gemeinde an die früheren Hauseigentümer die Beitragsleistung gefordert werden könnte, so wäre dies eine Beschränkung des Anspruchs der Gemeinde gegen den die Dohle jeweils benützenden Hauseigentümer. Für eine solche Beschränkung des Anspruchs ist aber in den Bestimmungen, die wie ausgeführt, den Anspruch begründen, kein Anhalt gegeben und auch ein sonstiger öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Abtretung besteht nicht.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Gemeinde überhaupt noch ein Anspruch verbleibt, den sie abtreten könnte.

Das Verlangen des Beklagten nach einer Beschränkung der Verurteilung ist also nicht gerechtfertigt. Ob für das privatrechtliche Verhältnis des Beklagten zu den früheren Hauseigentümern eine etwa mögliche Abtretung der öffentlich-rechtlichen Forderung der Gemeinde überhaupt von Belang wäre, ist hier nicht zu prüfen (zu vergl. BGB. § 426 Abs. 2, § 840 Abs. 1, auch § 774).

Wenn auch zuzugeben ist, daß die Abweichung von der Regel des Einzugs der Beiträge (bei Herstellung des Anschlusses oder im vorliegenden Fall in der Zeit nach Verkündung des Dohlenbaustatuts, das sich gemäß § 23 auch auf bereits errichtete Bauten bezieht) — Unzuträglichkeiten mit sich bringen kann, so kann doch nicht mit den Ausführungen in Boschers Zeitschrift Bd. 47 S. 278 ff. davon ausgegangen werden, daß das Gesetz für die Verteilung des einmaligen Dohlenbeitrags auf die verschiedenen einander folgenden Hauseigentümer Vorsorge getroffen haben müßte. Diese Ausgleichung kann auch dem wirtschaftlichen Verkehr überlassen bleiben und für gewöhnlich können diese Aufwendungen in derselben Weise wie die sonstigen Kosten, die mit einem Hause verbunden sind, im Preise Ausdruck finden.

Urteil vom 11/18. Oktober 1905 in der Beruf-S. des Schlossers E. S. in Z. gg. die Gemeinde Z.

2.

Die Voraussetzungen der Verpflichtung zum Ersatze von Straßenherstellungskosten.

In den Urteilsgründen ist ausgeführt:

In Ansehung der Voraussetzungen der Verpflichtung zum Ersatze der von einer Gemeinde auf die Herstellung einer Baustraße verwendeten Kosten, welche den an die Straße angrenzenden Eigentümern in Gemäßheit der Vorschrift des Art. 15 der Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 erwächst, ist die seitherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht gleichmäßig gewesen. In einem Urteil vom 1. April 1896 (veröffentlicht in den Jahrbüchern der Württ. Rechtspflege Bd. 8 S. 355 ff.) wird davon ausgegangen, daß das Bestehen eines der Gemeinde zu ersetzenden Aufwands nicht zu den Voraussetzungen der Verpflichtung im Sinne des Art. 15 der Bauordnung gehöre, mit dem Beginne der Errichtung des Gebäudes an der in den Ortsbauplan aufgenommenen Straße entstehe die Verpflichtung für den angrenzenden Grundeigentümer; dadurch, daß der Betrag dieser Aufwendungen noch unbekannt sei, werde nur die nähere Bestimmung des Betrags und die Fälligkeit des Anspruchs der Gemeinde aufgeschoben. In einem Urteil vom 2. November 1904 (veröffentlicht in den Jahrbüchern der Württ. Rechtspflege Bd. 17 Seite 99 ff.) ist zwar die Entscheidung selbst von dieser Erwägung nicht getragen, doch ist in den Gründen bemerkt: „Der nach dem Gesetz und Statut bestehende Anspruch der Gemeinde auf Ersatz des Aufwands für Erwerbung und Planierung der Straßenfläche kann vor der Ausführung der Herstellung der Straße und vor Berechnung und Festsetzung des Aufwands selbstverständlich gegen den Anlieger nicht mit dem Verlangen der Zahlung einer fälligen Schuldsumme geltend gemacht werden; andererseits entsteht aber der Anspruch der Gemeinde auf die Ersatzleistung nicht erst mit der rechnungsmäßigen Festsetzung

des erforderlich gewordenen Aufwands, somit auch nicht erst gegen denjenigen, der zur Zeit der den Betrag der Verpflichtung bestimmenden und die Fälligkeit bedingenden Festsetzung Eigentümer des errichteten Gebäudes ist".

Dagegen finden sich in einem (nicht veröffentlichten) Urteil vom 6. Mai 1903 folgende Erwägungen: „Der Natur der Sache nach kann ein solcher Ersatzanspruch rechtlich erst entstehen, wenn der zu erstattende Aufwand tatsächlich gemacht ist; vor diesem Zeitpunkt entbehrt der Ersatzanspruch eine notwendige rechtliche Voraussetzung; auch nach dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung ist ein solcher Ersatzanspruch an eine doppelte Voraussetzung geknüpft: es wird verlangt einmal ein bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer bestehenden Baustraße erwachsener Aufwand der Gemeinde und sodann die Errichtung eines Gebäudes an der Straße; erst wenn diese beiden Voraussetzungen zutreffen, ist der Ersatzanspruch begründet". Anläßlich des vorliegenden Rechtsstreits hat der Verwaltungsgerichtshof die Frage einer wiederholten Prüfung unterzogen und hat sich dabei den in dem letztangeführten Urteil enthaltenen Ausführungen angeschlossen. Gemäß § 9 der Vollz.-Verfügung zur Allgem. Bauordnung vom 23. November 1882 erwerben die Besitzer der von einem Ortsbauplan berührten Grundstücke und Gebäude keinen Anspruch auf die Festhaltung desselben; es ist somit die Möglichkeit der späteren Aenderung einer in den Ortsbauplan aufgenommenen noch nicht ausgeführten Straße rechtlich nicht ausgeschlossen; erfahrungsgemäß kommen auch solche Aenderungen zumal in größeren Gemeinden mit rasch wechselnden Verhältnissen nicht selten vor; mit der Errichtung eines Gebäudes an einer in den Ortsbauplan aufgenommenen, aber noch nicht hergestellten Straße ist daher schon aus diesem Grunde noch keine rechtliche Gewißheit dafür gegeben, daß dem Erbauer des Gebäudes eine Verpflichtung zu einer Ersatzleistung im Sinne des Art. 15 Abs. 1 der Bauordnung erwachsen wird. Zudem kann begrifflich nach den hier entsprechend

anzuwendenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts der Ersatz eines Aufwands erst in Frage kommen von dem Zeitpunkt an, in dem der Aufwand gemacht ist; erst, wenn diese jeder Ersatzforderung begrifflich anhaftende Voraussetzung vorliegt, ist der Anspruch auf Ersatz des Aufwands entstanden; erst mit der Entstehung des Anspruchs in diesem Sinn beginnt gemäß § 198 des BGB. verglichen mit Art. 141 des württ. Ausführungsgesetzes die Verjährung des fraglichen Anspruchs. Insolange eine Gemeinde auf eine in den Ortsbauplan aufgenommene Straße einen Aufwand nicht gemacht hat, steht ihr keinerlei Ersatzforderung gegen den mit einem Gebäude angrenzenden Grundeigentümer zu; für den Gebäudeeigentümer kann es sich daher nur um eine künftig mögliche Ersatzverbindlichkeit handeln, nicht aber um eine bereits bestehende Ersatzverbindlichkeit, die nur erst später fällig und ihrem Betrage nach bestimmt wird.

In Uebereinstimmung hiemit steht die Auslegung, welche in der fraglichen Richtung das preußische Oberverwaltungsgericht der wesentlich gleichbedeutenden Bestimmung des § 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 gegeben hat. In einem Urteil vom 24. Februar 1902 (Entscheidungen Bd. 41 S. 107 ff.) ist in dieser Beziehung ausgeführt: „Der vom Vorderrichter angewendete Grundsatz, daß für die Entstehung und den Umfang der Beitragspflicht stets der Zeitpunkt entscheidend sei, in welchem das Gebäude errichtet wird, ist früher allerdings auch von dem Oberverwaltungsgerichte vertreten, später aber erheblich eingeschränkt worden. Der Gerichtshof hat dargelegt, daß die Beitragspflicht der Anlieger zwei Voraussetzungen habe, einmal den Ausbau der Straße durch die Gemeinde und die Möglichkeit, die Kosten des Ausbaus zu berechnen, und zweitens die Errichtung eines Gebäudes an der Straße. Die Verpflichtung der Anlieger könne daher jedenfalls nicht früher entstehen, als bis beide Voraussetzungen vorliegen und auch der Inhalt und Umfang der Verpflichtung könne keinesfalls nach

7*

den in einem früheren Zeitpunkt gegebenen Verhältnissen bestimmt werden. Wenn daher — wie im gegenwärtigen Falle — ein Haus vor der Fertigstellung der Straße errichtet wird, so kann für die Beitragspflicht keinesfalls der Zeitpunkt der Errichtung maßgebend sein". Diesen fortgesetzt festgehaltenen Grundsatz hat das preußische Oberverwaltungsgericht auch in einem Urteil vom 7. Dezember 1903 (Entscheidungen Bd. 44 S. 107) bestätigt mit den Worten: „Allerdings hat der Gerichtshof stets daran festgehalten, daß sich die forderungsberechtigte Gemeinde zu der Zeit, in welcher die Festsetzung und Geltendmachung der Anliegerbeiträge möglich geworden ist, mit ihrer Forderung nur an den jeweiligen Eigentümer des bebauten Grundstücks halten kann, und daß, wenn das Grundstück vorher in andere Hände übergegangen ist, der Rechtsnachfolger im Eigentum für den Ersatz der aufgewandten Kosten haftet".

Urteil vom $\frac{\text{27. September}}{\text{4. Oktober}}$ 1905 in der Beruf-S. der Wtw. F. in St. g. die Gemeinde Z.

3.

Die Selbständigkeit als Erfordernis der Teilnahme an den persönlichen Gemeindenutzungen.

Aus den

Gründen:

Im vorliegenden Falle dreht sich der Rechtsstreit lediglich um die Frage, ob die Kläger nach den gegebenen Verhältnissen als „selbständig auf eigene Rechnung lebend" im Sinne des Art. 22 Abs. 1 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vom 16. Juni 1885 anzusehen sind. Der K. Verwaltungsgerichtshof ist in einem Urteil vom 6. März 1893 davon ausgegangen, daß die bezeichnete Voraussetzung nur bei demjenigen zutreffe, welcher mit selbständigem Erwerb einen selbständigen Haushalt verbinde (vergl. Amtsblatt des

Ministeriums des Innern Jahrg. 1893 S. 103). Diese Auffassung kann jedoch nicht unter allen Umständen streng durchgeführt werden, sie bedarf vielmehr einer gewissen Einschränkung; wie der Verwaltungsgerichtshof in den Gründen zu einem Urteil vom 10. Januar 1900 ausgeführt hat, ist das Erfordernis eines selbständigen Haushalts nur dahin zu verstehen, daß der Haushalt des Bürgers, wie er ihn nach seiner beruflichen Beschäftigung und seiner Lebenshaltung bedarf, derart eingerichtet ist, daß seine Selbständigkeit gewahrt bleibt; zu weit ginge die Forderung, daß jeder Bürger, der an den Gemeindenutzungen teilnehmen soll, eine eigene von der Wohnung anderer geschiedene Wohnung habe, die Einrichtung für eigenen Haushalt mit eigener Küche besitze und für sich einen vom Haushalt anderer getrennten Haushalt führe oder führen lasse: damit würde bei dem Bürger in nicht seltenen Fällen eine Lebenshaltung vorausgesetzt, wie er sie nicht will und nicht braucht; schon nach der Fassung des Art. 45 des revid. Bürgerrechts-Gesetzes vom 4. Dezember 1833 konnte derjenige, welcher am Haushalt eines anderen gegen Bezahlung für Kost und Wohnung teilnimmt, als selbständig und auf eigene Rechnung lebend angesehen werden, hiebei sollte es nach den Motiven zu Art. 22 des Gesetzes vom 16. Juni 1885 sein Bewenden behalten, da von einem solchen nicht gesagt werden könne, daß er im Brote eines anderen stehe und keine eigene Wohnung habe (vergl. Bosch im Amtsblatt des Ministeriums des Innern Jahrg. 1902 S. 435, Doll, Gemeindeangehörigkeitsgesetz S. 43; Boschers Zeitschrift Jahrg. 1893, S. 156).

Unter den Verhältnissen des vorliegenden Falls ist den drei Klägern, die im Alter von 36, 32 und 29 Jahren stehen, in dem unter der Firma K.-Z. in E. betriebenen Eisenwarengeschäft eine Stellung gesichert, welche ihnen wirtschaftliche Selbständigkeit und ausreichenden Unterhalt gewährleistet. Es handelt sich hier nicht um ein fremdes Geschäft, über das einem Dritten ohne Mitwirkung der Kläger die beliebige Verfügung zusteht, vielmehr sind die Kläger in dem vormals

väterlichen Geschäft tätig, das nach dem Tode des Vaters im Jahre 1899 auf die Kläger, deren Mutter und Geschwister durch Vererbung übergegangen ist und mit ausdrücklicher Zustimmung der sämtlichen Erben unter Beteiligung der Kläger in der Weise weitergeführt wird, daß die Mutter als alleinige Inhaberin der Firma und zwei der Kläger als Prokuristen im Handelsregister eingetragen sind. Bei dieser Sachlage ist die Mutter, wenn auch ausdrückliche vertragsmäßige Abmachungen über die wechselseitigen Berechtigungen und Verpflichtungen fehlen, darauf angewiesen, die Interessen der Kläger zu wahren, ihre Stellung im Geschäfte zu berücksichtigen und ihre Dienstleistungen für das Geschäft angemessen zu vergüten. Der vom Gesetz verlangten wirtschaftlichen Selbständigkeit ist damit genügt, mag die angemessene Vergütung in einer entsprechenden Geldleistung oder in einer Verbindung von Geld- und Naturalleistungen bestehen; von untergeordneter Bedeutung ist hiernach auch, in welcher Weise die Kläger ihr Wohnungsbedürfnis befriedigen; mögen sie auch, solange sie ledig sind und in der Wohnung der Mutter ausreichender Raum vorhanden ist, in der Wohnung der Mutter bleiben, so haben sie doch die Möglichkeit, erforderlichenfalls auf eigene Kosten eine gesonderte Wohnung zu beziehen. Rechtlich nehmen die Kläger, auch soweit ihnen Prokura erteilt ist, im Handelsgeschäft ihrer Mutter die Stellung von Handlungsgehilfen im Sinne des § 59 des Handelsgesetzbuchs ein, hiernach haben sie, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang ihrer Dienstleistungen oder über die ihnen zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten, sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen; auch unter diesem Gesichtspunkt ist im Verhältnis zu ihrer Mutter ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit und die Möglichkeit der Begründung eines eigenen Hausstands mit gesonderter Wohnung gewahrt.

Urteil vom 12. Juli 1905 in der Beruf-S. der Brüder Kr. in E. g. die Stadtgemeinde E.

4.

Grundstücksumsatzsteuer: Die Zulassung eines anderen Käufers schließt nicht die Auflösung des Vertrags in sich.

Entgeltlichkeit der Abtretung liegt nicht vor, wenn ein Kaufvertrag zur Vereinigung der Verpflichtungen aus einem Auftragsverhältnis abgeschlossen wird.

Zur Begründung ist in einem Urteil gesagt:

1. Nicht zutreffend ist die Behauptung des Beschwerdeführers, der Kaufvertrag sei im Hinblick auf den Inhalt des § 5 bezw. § 10 unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden und habe sich dadurch aufgelöst, daß diese Bedingung, nämlich die Beibringung eines anderen Käufers eingetreten sei, so daß der Steueransatz nach Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes wegfalle. Das dem Käufer zugestandene Recht der Beibringung eines anderen Käufers enthält, wie der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach entschieden hat, nicht eine zur Auflösung des Kaufvertrags führende Bedingung im Sinne des Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes, sondern bekundet nur die Bereitwilligkeit des Verkäufers, in diesem Punkte sich eine Aenderung des Vertrags gefallen zu lassen. Es ist denn auch mit dem zweiten Vertrag vom 3. Februar nicht der erste Vertrag aufgelöst und beseitigt worden; vielmehr wurde, wie es in der Urkunde vom 3. Februar ausdrücklich heißt, der erste grundlegende Vertrag nur abgeändert. In rechtlicher Hinsicht sind auch die beiden Vertragschließenden während der ganzen Zwischenzeit gebunden geblieben.

2. W. war auf Grund des zwischen ihm und der Aktiengesellschaft X. bestehenden Auftragsverhältnisses nach § 667 des BGB. verpflichtet, der Aktiengesellschaft alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangte, herauszugeben, wogegen diese Gesellschaft für die von ihm bei der Geschäftsbesorgung übernommenen Verbindlichkeiten nach § 670 BGB. aufzukommen hatte. Die Vereinigung der beiderseitigen aus dem Auftragsverhältnis hervorgegangenen Verpflichtungen ist durch

den zweiten Kaufvertrag vom 3. Februar 1904 erfolgt; damit daß hier die Auftraggeberin in den zuerst auf den Namen des Beauftragten abgeschlossenen Kaufvertrag als Käuferin eingetreten ist, sind ihr einerseits von dem Beauftragten dessen Rechte aus dem ersten Kaufvertrag abgetreten worden und hat sie andererseits die dem Beauftragten daraus erwachsenen Lasten auf sich genommen. Somit handelt es sich bei dem zweiten Kaufvertrag nicht um eine entgeltliche Abtretung einer auf die Uebertragung des Eigentums an Grund stücken gerichteten Forderung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899; vielmehr ist die Abtretung der Ansprüche aus dem Kaufvertrag vom 9. Januar 1904 seitens des W. an die Aktiengesellschaft lediglich erfolgt solvendi causa, um einer ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtung nachzukommen.

Auch enthält der Vertrag vom 3. Febr. 1904 nebenher nicht eine Abtretung von Ansprüchen an dritte Personen, insbesondere sind damit die mit dem ersten Vertrag erworbenen Ansprüche auf die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken auch nicht teilweise an die mit der Aktiengesellschaft zu einer Betriebsgemeinschaft vereinigten Firmen weiter veräußert worden. Bei dieser Gestaltung der Verhältnisse ist die vom Gesetz als Voraussetzung für die Umsatzsteuerpflicht verlangte Entgeltlichkeit der Abtretung ausgeschlossen, wie der Verwaltungsgerichtshof schon in einem Urteil vom 5. Oktober 1904, veröffentlicht in den Württ. Jahrbüchern Bd. 17 S. 119—125, näher dargelegt hat.

Urteil vom 18. Oktober 1905 in der Rechtsbeschwerdesache des P. W. in Sch.

5.

Gewerbesteuerpflicht der württemb. Verkaufsstellen eines Verkaufssyndikats in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Aus den

Gründen:

1) Mit Recht geht die angefochtene Entscheidung davon

aus, daß das in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichtete Verkaufssyndikat eines selbständigen Gewerbebetriebs fähig ist und einen solchen auch ausübt. Nach dem Reichsgesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der neuen Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, insbesondere nach § 13 ist die Beschwerdeführerin eine selbständige Rechtsperson mit eigenen Rechten und Pflichten. Das Gewerbe wird nach dem Gesellschaftsvertrag und dessen Anhang von dieser selbständigen Rechtsperson betrieben; denn sie übernimmt die von den einzelnen Gesellschaftern gelieferten Fabrikate zu bestimmten Preisen und verkauft sie auf ihre Rechnung bestmöglich an die Kunden; der hiebei erzielte Gewinn ist daher ein Gewinn der Beschwerdeführerin und nicht ein Gewinn der einzelnen an der Gesellschaft beteiligten Fabrikbetriebe. Dieses Verhältnis kommt auch in dem Art. 6 des Anhangs zum Gesellschaftsvertrag deutlich zum Ausdruck mit den Worten: „Die Gesellschaft ist ihren Gesellschaftern gegenüber nicht nur Vermittlerin oder Kommissionärin, sondern sie betreibt ihr Geschäft auf eigene Rechnung, kauft und verkauft also zu Eigentum in aller Form". Der Gewerbebetrieb der einzelnen Gesellschafter hört mit der Abgabe der Erzeugnisse an die Gesellschaft zu den vereinbarten Preisen auf; der Verkauf der Erzeugnisse erfolgt dann in dem selbständigen Gewerbebetriebe der Gesellschaft. Allerdings soll der von der Gesellschaft erzielte Gewinn schließlich den einzelnen Gesellschaftern zu gut kommen, aber dieser wirtschaftliche Endzweck schließt so wenig wie bei den Aktiengesellschaften und anderen juristischen Personen die Annahme eines selbständigen, der Gewerbesteuer unterworfenen Gewerbebetriebs aus. Wenn die Gesellschafter es für zweckmäßig erachtet haben, in dem Verkaufssyndikat ein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit und besonderen Rechten und Pflichten ausgestattetes Gewinnerzielungsinstrument zu schaffen, so haben sie sich auch die sich aus der Tätigkeit dieses Instruments in steuerlicher Beziehung ergebenden Folgen gefallen zu lassen.

Bei gleicher Rechtslage hat das preußische Oberverwaltungsgericht mit einer Entscheidung vom 25. September 1902 die in der Form von Gesellschaften mit beschränkter Haftung errichteten Verkaufssyndikate für gewerbesteuerpflichtig erklärt (Entscheidungen in Staatssteuersachen Bd. 11 S. 384—386).

2) Die weitere erhebliche Frage, ob die Beschwerdeführerin, welche ihren Sitz außerhalb Württembergs in Heidelberg hat, in Württemberg seit dem Jahre 1904 ein steuerpflichtiges Gewerbe betreibt, ist in der angefochtenen Entscheidung mit Grund bejaht. Der Verwaltungsgerichtshof ist in den in den Württ. Jahrbüchern Bd. 13 S. 114 ff. und Bd. 14 S. 369 ff. veröffentlichten Urteilen vom 28. November 1900 und 19. November 1902 von folgender Auffassung ausgegangen: Das maßgebende württ. Steuergesetz vom 28. April 1873 Art. 1 Ziffer 3, Art. 3 Abs. 2, Art. 85 Abs. 1, welches mit dem Grundsatz des § 3 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung in Uebereinstimmung steht und in den auf den vorliegenden Fall anwendbaren Bestimmungen durch die Novelle vom 8. August 1903 (Reg.Bl. S. 329) eine Aenderung nicht erlitten hat, beabsichtigt nicht jede inländische Erwerbstätigkeit eines Nichtwürttembergers mit der württ. Gewerbesteuer zu erfassen, vielmehr muß die in Betracht kommende Tätigkeit für sich allein genommen, abgesondert von der übrigen gewerblichen Tätigkeit des Auswärtigen den Tatbestand des Gewerbebetriebs erfüllen, die sämtlichen Merkmale eines Gewerbebetriebs an sich tragen; insbesondere kann aus der Schaffung eines besonderen örtlichen Mittelpunkts für den Geschäftsbetrieb in Württemberg auf die Gewerbsmäßigkeit der in Württemberg entfalteten Tätigkeit geschlossen werden. Legt man der Würdigung des vorliegenden Falles diese Auffassung zu Grund, so kann an dem Vorhandensein eines inländischen Gewerbebetriebs der Beschwerdeführerin nicht gezweifelt werden. Die Beschwerdeführerin hat mit dem Gesellschaftsvertrag von 26 Fabriken, von denen 4 ihren Sitz

in Württemberg haben, auf unbestimmte Zeit und vorerst auf 9 Jahre den gewerbsmäßigen Verkauf ihrer Erzeugnisse übernommen und ist so mit dem Verkauf der Erzeugnisse — insbesondere auch in Württemberg — an die Stelle der früher selbständig gewerbsmäßig verkaufenden Fabriken getreten. Außerdem hat sie zur Förderung dieses gewerbsmäßigen Verkaufs in Württemberg zwei Verkaufsstellen errichtet, die für die Dauer berechnet und mit dem erforderlichen ständigen Personal ausgestattet innerhalb des ihnen von der Zentralstelle vorgeschriebenen Geschäftskreises den Gewerbebetrieb in seinem ganzen Umfange und mit einer gewissen Selbständigkeit besorgen. Damit sind die sämtlichen Merkmale eines der württembergischen Gewerbesteuer unterliegenden inländischen Gewerbebetriebs gegeben.

Urteil vom 27. September 1905 in der Rechtsbeschwerdesache der südd. . . . Verkaufsstelle, G. m. b. H.

6.

Hundeabgabe.

Oberförster E. in K. hat am 1. März l. J. einen Jagdhund, stiefelhaarige Hühnerhündin, über 3 Monate alt, dem Forstwart B. in A. zur Dressur auf unbestimmte Zeit übergeben. Die Hündin befand sich zu diesem Zweck bis 12. September l. J. in der Obhut und Unterhaltung des B. Im April l. J. vom Schultheißenamt A. zur Versteuerung dieses Hundes aufgefordert, wandte sich B. zunächst mit Schreiben vom 8./9. April an das Oberamt A. mit dem Ersuchen um Auskunft, ob er hiezu verpflichtet sei. Das Oberamt forderte das Schultheißenamt zu einem Bericht auf und wies es dann mit Erlaß vom 14. April an, dem B. die gesetzlichen Bestimmungen über die Hundeabgabe in Art. 49 und 50 des Gemeindesteuergesetzes vom 8. August 1903 und in §§ 60 und 62 der Min.-Verfügung vom 22. September 1904 bekanntzugeben. Diese Eröffnung erfolgte am 17. April,

worauf B. von weiterem Widerspruch absah und die von ihm verlangte Hundeabgabe mit 8 Mk. bezahlte, auch dem Oberförster E. mit Postkarte vom 21. April über den Sachverhalt kurze Mitteilung machte. Dieser hatte am 19. April für denselben Hund nach vorheriger Belehrung durch das Schultheißenamt K. 8 Mk. Hundeabgabe an die Gemeinde K. bezahlt und ersuchte nun mit Schreiben vom 26. April das Schultheißenamt A., den von Forstwart B. bezahlten Betrag diesem wieder zurückzuerstatten, da der Hund vorschriftsmäßig in K. versteuert sei. Nachdem dieses Ansinnen vom Schultheißenamt A. mit Schreiben vom 27. April als unberechtigt zurückgewiesen war, reichte Oberförster E. mit Eingabe vom 21/22. Mai Klage bei der Kreisregierung in E. gegen die Gemeinde A. auf Rückerstattung von 8 Mk. zu Unrecht erhobener Steuer ein. Die Gemeinde A. beantragte mit Schriftsatz vom $\frac{\text{29. Mai}}{\text{2. Juni}}$ die Abweisung der Klage: B. sei als Verwahrer des Hundes steuerpflichtig und habe auch den Namen des Eigentümers nicht angegeben; im vorliegenden Falle, wo die Haltung des Hundes durch B. über ein Vierteljahr dauere, könne sie als eine vorübergehende nicht angesehen werden; es erscheine überhaupt zweifelhaft, ob das Gesetz auf Jagdhunde und deren einen Zeitraum bis zu 1 Jahr erfordernde Dressur sich beziehe. Vom Kläger wurde in der mündlichen Verhandlung noch geltend gemacht, daß er dem B. die Steuer mit 8 Mk. ersetzt habe und daß der Schultheiß von A. von seinem Eigentum an dem Hunde Kenntnis gehabt habe. Mit Urteil vom 3. November 1905 hat die Kreisregierung die beklagte Gemeinde kostenpflichtig zur Rückerstattung der Hundeabgabe von 8 Mk. an den Kläger verurteilt. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an den Verwaltungsgerichtshof eingelegt und, wie in erster Instanz, die kostenfällige Abweisung des Klägers beantragt, wogegen der Kläger um Zurückweisung der Berufung gebeten hat. Beide Parteien haben auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. Der Ver-

waltungsgerichtshof hat die Klage abgewiesen und diese Entscheidung folgendermaßen begründet:

Gemäß dem in dieser Hinsicht bis 1. April 1905 in Geltung gewesenen Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 8. September 1852, betreffend die Abgabe von Hunden war steuerpflichtig derjenige, „welcher den Hund inne hat". Diese Anordnung rief in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervor und wurde vom Steuerkollegium einschränkend dahin ausgelegt, daß ein nur vorübergehender Besitz, ein Besitz von kurzer Dauer die Steuerpflicht nicht begründe. Das für die Hundeabgabe nunmehr geltende Gemeindesteuergesetz vom 8. August 1903 bestimmt in Art. 49 Abs. 1 die zum Bezug der Abgabe berechtigte und damit wegen des zwingenden Charakters der Abgabe zur Erhebung der Steuer verpflichtete Gemeinde und bezeichnet sodann in Art. 50 Abs. 1 den Steuerpflichtigen. In ersterer Hinsicht schreibt Art. 49 Abs. 1 vor: „Für alle Hunde, welche über 3 Monate alt sind, ist eine jährliche Abgabe von je 8 Mk. an diejenige Gemeinde, in welcher der Hund nicht bloß vorübergehend gehalten wird (seinen Standort hat), zu entrichten, ohne Rücksicht darauf, ob die Gemeinde eine Umlage auf Grundeigentum, Gebäude und Gewerbe erhebt oder nicht. Darüber, in welcher Gemeinde der Standort eines Hundes als vorhanden anzunehmen ist, können durch das Ministerium des Innern allgemeine Bestimmungen getroffen werden". Die Steuerpflicht ist in Art. 50 Abs. 1 dahin geregelt: „Steuerpflichtig ist derjenige, welcher den Hund am 1. April hält". Die in Art. 49 Abs. 1 dem Ministerium vorbehaltenen allgemeinen Bestimmungen über den Standort eines Hundes sind in § 60 der Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 22. September 1904, betreffend den Vollzug des Gemeindesteuergesetzes, Reg.Bl. Seite 263 enthalten; hier ist gesagt: „Der Standort des Hundes ist maßgebend ohne Rücksicht auf den Wohn- oder Aufenthaltsort des Steuerpflichtigen (Art. 50 des Gesetzes); unter „Standort des Hundes" ist derjenige Gemeindebezirk zu verstehen,

in welchem der Hund nicht bloß vorübergehend gehalten wird; die vorübergehende Haltung muß von dem als steuerpflichtig in Anspruch genommenen oder von derjenigen anderen Gemeinde, welche ihrerseits das Besteuerungsrecht in Anspruch nimmt, geltend gemacht werden, widrigenfalls die Haltung des Hundes als nicht vorübergehend gilt; wird die vorübergehende Haltung eines Hundes geltend gemacht, so ist sie für die Regel dann als vorliegend anzunehmen, wenn der Hund nur zum Zweck der Pflege über die Dauer einer Reise oder Krankheit seines Eigentümers, zu Zwecken der Belegung, Dressur, tierärztlichen Behandlung und dergleichen gehalten wird". Außerdem enthält die erwähnte Ministerial-Verfügung in § 62 zu Art. 50 des Gesetzes folgende Bestimmung: „Steuerpflichtig ist derjenige, welcher den Hund hält, gleichgültig, ob er zugleich Eigentümer oder ob er Mieter, Entleiher, Verwahrer u. s. w. des Hundes ist; es genügt, daß er in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhaltung die Sorge für den Hund übernommen hat". In einem Urteil vom 3. Juli 1902 hatte das Reichsgericht ausgesprochen, daß für den Begriff des Tierhalters im Sinne des § 833 des bürgerl. Gesetzbuchs der gewöhnliche Sprachgebrauch maßgebend sei und daß nach diesem für den Halter des Tieres derjenige zu erachten sei, „der in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zwecke, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer" (Entscheidungen des Reichsgerichts Band 52 S. 118) —, eine Auslegung, welche das Reichsgericht auch in einem späteren Urteil vom 2. Juli 1903 festgehalten hat (a. a. O. Bd. 55 S. 166). Wegen der Auslegung der Art. 49 und 50 des Gemeindesteuergesetzes ist aus dessen Entstehungsgeschichte nachstehendes hervorzuheben: Der Regierungsentwurf Art. 49 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 wollte die Steuerberechtigung einräumen „der Gemeinde des Wohnorts und in Ermanglung eines solchen der Gemeinde des Aufenthaltsorts des Steuerpflichtigen" und erklärte für

steuerpflichtig denjenigen, „welcher den Hund tatsächlich besitzt". (Verhdlgn. der Kammer der Abgeordn. von 1901 Beil. Bd. II S. 442). In den Motiven ist zu Art. 50 Abs. 1 bemerkt, daß die Vorschrift mit der seitherigen Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 8. September 1852 übereinstimme; sodann wird weiter ausgeführt: „Wenn in Abs. 1 die Worte „tatsächlich besitzt" an Stelle der bisher gebrauchten „inne hat" gewählt worden sind, so wollte sachlich eine Aenderung nicht herbeigeführt werden. Es soll diesbezüglich durchaus bei dem geltenden Recht, also auch bei dem Sinn und der Absicht desselben verbleiben. Nach demselben bewirkt schon die tatsächliche Innehabung eines Hundes die Verpflichtung zur Versteuerung, so daß nicht nur derjenige, welcher einen Hund mit dem Willen, ihn als Eigentümer zu haben, besitzt (Eigenbesitzer § 872 BGB.), sondern auch derjenige, welcher einen Hund ohne Eigentumswillen nur tatsächlich besitzt (§ 854 BGB.), bezüglich dieses Hundes steuerpflichtig ist. Aus dieser Anknüpfung der Steuerpflicht an den tatsächlichen Besitz folgt dann auf der anderen Seite, daß der Eigentümer eines Hundes, wenn er den Hund nicht tatsächlich besitzt, zur Versteuerung desselben nicht verpflichtet ist, sondern nur der tatsächliche Besitzer. Es erscheint jedoch in denjenigen Fällen die Anzeige und Steuerpflicht des letzteren nicht begründet, in welchen ein von dem Eigentümer an seinem Wohnort versteuerter Hund von einem anderen nur in vorübergehender Weise oder zu vorübergehenden Zwecken in Gewahrsam genommen wird, wie z. B. wenn ihm vom Eigentümer der Hund nur zum Zweck der Pflege über die Dauer einer Reise oder Krankheit, zu den Zwecken der Dressur, der Zucht, der tierärztlichen Behandlung und dergl. zeitweilig übergeben ist. Voraussetzung ist hiebei, daß in Anstandsfällen über das Vorliegen dieser Umstände der Nachweis geliefert wird. Soweit eine solche nur vorübergehende Ingewahrsamnahme eines versteuerten Hundes nicht vorliegt, wird durch jeden tatsächlichen Besitz eines Hundes die Steuerpflicht zur Versteuerung desselben begründet" (a. a. O. S. 471).

Die Kammer der Abgeordneten hat zunächst die von ihrer Kommission befürworteten Vorschläge des Entwurfs in der Sitzung vom 10. Juli 1902 ohne Debatte unverändert angenommen (vergl. a. a. O. Beil. Bd. III S. 422/3 Prot. Bd. IV S. 2739); dagegen hat in der Kommission der Kammer der Standesherren der Art. 49 Abs. 1 seine jetzige Fassung erhalten, zugleich wurde hier beantragt, bei Art. 50 Abs. 1 dem Entwurf beizusetzen: „Allgemeine Bestimmungen hierüber können von dem Ministerium des Innern getroffen werden". Die Aenderung der Fassung des Art. 49 Abs. 1 wurde damit begründet: Wenn jemand die tatsächliche Gewalt über einen Hund für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen zur Befolgung der Anweisungen verpflichtenden Verhältnis ausübe, so sei gemäß § 855 BGB. dieser andere der Besitzer und daher gemäß Art. 50 Abs. 1 des Entwurfes steuerpflichtig. Es würde daher die Hundeabgabe an die Gemeinde, in welcher dieser Besitzer wohnt oder seinen Aufenthalt hat, zu entrichten sein, was in vielen Fällen, z. B. wenn ein Hund auf dem Landgut des daselbst nicht wohnenden Hundebesitzers in einem Landhaus desselben gehalten wird, nicht bloß der Natur der Sache, sofern in solchen Fällen der Hund zu der Wohngemeinde seines Besitzers gar keine Beziehung hat, widerstreiten, sondern auch wohl der bisherigen Praxis nicht entsprechen würde (vergl. Verhdlg. der Kammer der Standesherren 1901/4 Beil. Bd. II S. 462). Die Kammer der Standesherren trat den Anträgen der Kommission in der Sitzung vom 11. Februar 1903 ohne weitere Erörterung bei (vergl. a. a. O. Prot. Bd. II S. 751). Gegenüber diesen Beschlüssen bemühte sich die Kommission der Kammer der Abgeordneten, die Widersprüche der Art. 49 und 50 auszugleichen; nach dem Antrag des Berichterstatters (Abgeordneten Röder) wurde in der Sitzung der Kammer vom 19. Mai 1903 beschlossen, bei dem Art. 49 Abs. 1 die von der Kammer der Standesherren vorgeschlagene Fassung anzunehmen, dagegen den Art. 50 Abs. 1 folgendermaßen zu fassen: „Steuer-

pflichtig für das ganze Rechnungsjahr ist derjenige, in dessen Eigentum am 1. April der Hund steht, und wenn der Eigentümer nicht zu ermitteln ist, oder in Württemberg keinen Wohnsitz hat, derjenige, welcher am 1. April den Hund hält". (Vergl. Verhdlg. der Kammer der Abgeordneten a. a. O. Prot. Bd. VI S. 3920).

In dieser Fassung vermochte die Kammer der Standesherren eine Verbesserung nicht zu erblicken und beharrte daher auf der von ihr beschlossenen Fassung. Bei der Debatte hierüber in der Sitzung vom 2. Juli 1903 wurde vom Berichterstatter (Präsident v. Geßler) ausgeführt: „Auch bei dem Beschluß des anderen Hauses müssen für den Fall, daß jemand einen Hund nur vorübergehend hält, besondere Bestimmungen getroffen werden, welche die Steuerpflicht für denjenigen, der den Hund vorübergehend hält, vollständig beseitigen, weil sonst die Unzuträglichkeiten, wie sie sich unter der Herrschaft des bisherigen Gesetzes für den Fall des vorübergehenden Innehabens eines Hundes ergeben haben, auch nach der neuen Fassung sich herausstellen würden. Die Bestimmung, daß das Ministerium berechtigt sein soll, allgemeine Vorschriften zu geben, ist insbesondere deshalb in den Entwurf aufgenommen worden, weil nach der bisherigen Praxis des Steuerkollegiums sich das Bedürfnis herausgestellt hat, in den Fällen, wo Hunde nur zum Zweck vorübergehender Aufbewahrung, Pflege, Dressur u. s. w. einem Dritten übergeben worden sind, den Dritten vor der Inanspruchnahme der Steuer durch die Steuerbehörde zu schützen". Von dem Staatsminister des Innern wurde bemerkt: „Wenn man die Steuerpflicht an den tatsächlichen Besitz anknüpfen will, so scheint es mir doch richtiger zu sein, nicht den tatsächlichen Besitz als solchen, sondern das Halten des Hundes als den Verpflichtungsgrund zur Zahlung der Steuer zu bestimmen. Dann fällt auch die Notwendigkeit weg, daß in den Fällen vorübergehender Ueberlassung eines Hundes, der etwa einem Dritten in Kost oder in Dressur gegeben wird, vom Ministerium besondere Bestimmungen getroffen werden;

denn derjenige, der den Hund bloß in Dressur oder vorübergehend in Kost genommen hat, ist nicht der, der den Hund hält". Vom Berichterstatter wurde hierauf erwidert: „Ich verkenne nicht, daß manches dafür spricht, demjenigen die Steuerpflicht zuzuscheiden, der den Hund nicht bloß vorübergehend hält. Gegen eine solche Regelung in Art. 50 Abs. 1 hätte ich kein Bedenken. Dann würden auch die Fälle, in denen bisher das Steuerkollegium sich genötigt sah, den Inhaber des Hundes von der Steuer freizulassen, unmittelbar durch das Gesetz bereits getroffen". (Vergl. Verhdlg. der Kammer der Standesherrn a. a. O. Prot. Bd. II S. 915—919).

In der Sitzung der Abgeordnetenkammer vom 19. Mai 1903 machte der Berichterstatter geltend: nachdem die Kammer der Standesherren in Art. 49 den Begriff des Haltens des Hundes für die Frage der Berechtigung zur Steuererhebung eingeführt habe, könne in Art. 50 nicht mit einem anderen Begriff, dem tatsächlichen Besitz, als Verpflichtungsgrund zur Steuer operiert werden; es empfehle sich, die Steuerpflicht einfach an die Haltung des Hundes anzuknüpfen; der Begriff „wer den Hund hält", sei einfach und leicht verständlich, decke sich auch mit Art. 49.

Hierauf wurde der der jetzigen Fassung des Gesetzes entsprechende Antrag der Kommission ohne weiteres angenommen (vergl. a. a. O. Prot. Bd. VII S. 4757/8) und dann auch von der Ersten Kammer nicht beanstandet, nachdem hier der Berichterstatter in der Sitzung vom 16. Juli 1903 bemerkt hatte: „Ihre Kommission glaubt davon ausgehen zu sollen, daß der Beschluß des anderen Hauses unter dem Halten des Hundes denjenigen Zustand versteht, der schon nach der bisherigen Praxis des Steuerkollegiums die Pflicht zur Besteuerung des Hundes begründet hat, daß insbesondere ein nur vorübergehendes Halten des Hundes, namentlich auch ein Halten des Hundes für andere zur Pflege, Dressur u. s. w. hierunter nicht zu verstehen ist. In dieser Voraussetzung glaubt sie ihrerseits dem Beschluß des anderen

Hauses ein Bedenken nicht entgegenbringen zu sollen, sie beantragt vielmehr Beitritt". (Prot. Bd. II S. 1025).

Aus den landständischen Verhandlungen über Art. 49 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 erhellt deutlich, daß die übereinstimmende Absicht der gesetzgebenden Faktoren dahin geht, in Art. 50 Abs. 1 den Begriff „den Hund hält" in derselben Bedeutung zu gebrauchen, die in Art. 49 Abs. 1 den Worten: „der Hund nicht bloß vorübergehend gehalten wird (seinen Standort hat)" zukommt; die nähere Bestimmung und Einschränkung, die der Begriff des Hundehaltens nach Art. 49 Abs. 1 und den hiezu vom Ministerium des Innern erlassenen Vorschriften erfährt, ist daher auch für die Auslegung des Art. 50 Abs. 1 maßgebend. Dies entspricht auch der Natur der Sache; wenn Art. 49 Abs. 1 für die Berechtigung einer Gemeinde zur Erhebung der Steuer das nicht bloß vorübergehende Halten eines Hundes in ihrem Bezirk verlangt und damit dem bloß vorübergehenden Halten eines Hundes die Wirkung, die Steuerberechtigung zu erzeugen, abspricht, so ist es nur folgerichtig, daß der Art. 50 Abs. 1 denjenigen für steuerpflichtig erklärt, der den Hund nicht bloß vorübergehend hält, und von der Steuerpflicht solche Personen frei läßt, die sich mit dem vorübergehenden Halten von Hunden befassen. In § 62 der Vollzugs-Verfügung vom 22. September 1904 ist die zu Art. 50 des Gesetzes gegebene nähere Bestimmung des Begriffs des Hundehaltens insofern unvollständig, als sie die aus dem Art. 49 Abs. 1 abzuleitende Einschränkung auf das nicht bloß vorübergehende Halten nicht enthält; aus diesem Grunde ist diese Vorschrift geeignet, zu einer falschen Auffassung des Verhältnisses des Art. 50 Abs. 1 zu Art. 49 Abs. 1 und damit zu einer unrichtigen Auslegung des Art. 50 Abs. 1 zu führen.

Wendet man die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen mit der vorstehend begründeten Auslegung auf den vorliegenden Fall an, so kommt man in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteil zu dem Ergebnis, daß der in Frage stehende Hund des Klägers am Amtssitz und Wohn-

ort seines Eigentümers in K. seinen Standort hat und auch dort von dem Kläger als dem Hundehalter zu versteuern ist. Die Ueberlassung des Hundes an den in A. wohnhaften Forstwart B. zum Zweck der Dressur ist, wenn auch diese Dressur einen längeren Zeitraum erfordert hat, doch von Anfang an eine durch die Zweckbestimmung zeitlich beschränkte und daher vorübergehende im Sinne des Gesetzes gewesen; die dauernde Bestimmung des Hundes besteht darin, am Wohnort seines Herrn dessen Zwecken zu dienen.

Der Verwaltungsgerichtshof geht weiter davon aus, daß der von der Beklagten als steuerpflichtig in Anspruch genommene Forstwart B. mit der dem Schultheißenamt A. zum Bericht zugestellten Eingabe an das Oberamt A. vom 8/9. April 1905 die vorübergehende Haltung des Hundes in ausreichender Weise gemäß § 60 Abs. 2 der Vollzugs-Verfügung vom 22. September 1904 geltend gemacht hat.

Hiernach ist die fragliche Hundeabgabe im Betrage von 8 Mk. von dem Forstwart B. zu Unrecht an die Beklagte bezahlt worden und die Beklagte daher verpflichtet, diesen Betrag an B. zurückzuerstatten.

Dagegen konnte in Abweichung von der Auffassung des Unterrichters dem Kläger ein Recht zur Rückforderung dieser Abgabe nicht zuerkannt werden. Die Abgabe wurde von B. als eine nach dem Gesetz ihm obliegende Steuerschuld gefordert; nach anfänglichen Einwendungen hat B. die Schuld gegenüber der Beklagten als ihm obliegend anerkannt und bezahlt. An diesem Sachverhalt kann der Umstand nichts ändern, daß B. auf Ersatz der Schuld durch den Kläger rechnen konnte, daß der Kläger sogar privatrechtlich zu diesem Ersatz verpflichtet sein mochte und dann auch den Ersatz geleistet hat. Hat so B. die Steuerschuld als in seiner Person begründet zu Unrecht anerkannt und bezahlt, so ist auch er allein zur Rückforderung berechtigt, wenn auch sich daran die privatrechtliche Verbindlichkeit knüpft, den zurückerstatteten Betrag an den Kläger auszufolgen. Dem Kläger steht ein Rückforderungsrecht in seiner Person nicht zu; die Behaup-

tung aber, daß B. sein Rückforderungsrecht an ihn — den Kläger — abgetreten hat, hat er nicht aufzustellen vermocht. Aus diesem Grunde war das angefochtene Urteil abzuändern und der Kläger mit der erhobenen Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation unter Verfällung in die Kosten einschließlich der Sporteln beider Instanzen abzuweisen.

Urteil vom 6. Dezember 1905 in der Beruf.-Sache der Gemeinde A. OA. A., gegen den Oberförster E. in K.

7.

Voraussetzungen der vorübergehenden Beschäftigung im Sinne des § 1 des Krankenversicherungsgesetzes. Berechnung des für die Klasseneinteilung maßgebenden Arbeitsverdienstes bei Beschäftigung mit Unterbrechung.

Aus den

Gründen:

Die Klägerin beansprucht die Freiheit der S. von der Krankenversicherungspflicht deshalb, weil ihre Beschäftigung durch die Natur ihres Gegenstandes und im voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt gewesen sei, § 1 Abs. 1 KVG. und § 2 Abs. 1 Z. 1 des Kassenstatuts, m. a. W., weil nur eine vorübergehende Beschäftigung vorgelegen habe und vorliege.

Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und nach feststehender Rechtsprechung,

Schicker, KVG., II. Aufl., Anm. 26 zu § 1, S. 27; Schicker, Ueber die Krankenversicherung nur zeitweise gegen Lohn beschäftigter Personen, Amtsblatt des Ministeriums des Innern 1885, S. 37; Hahn, KVG. III. Aufl. Anm. 6 zu § 1 S. 36; Erlaß des K. Ministeriums des Innern, betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 4. Dezember 1883, I. Abs. 7 Z. 2, Min.ABl. S. 329; Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Dezember 1894, Arbeiter-Versorgg. XII

S. 263, vom 3./10. Juli 1901, Württ. Jahrbücher XIII S. 249 und vom 9. März 1904 in Sachen Schmid-Cannstatt gegen Ortskrankenkasse Cannstatt; Entscheidungen des badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 30. Mai 1899, 13. März 1900, 18. Oktober 1903 und 18. Oktober 1904, Arbtr.-Vers. XVI 418, XVII 419, XX 831, XXI 696; Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 21. Oktober 1901, Entsch. XL 332, vom 21. Januar 1897, 5. November 1898, 20. November 1902, 19. Oktober 1903, 4. Juli 1904 und 2. März 1905, Arbtr.-Versorg. XIV 297, XVI 172, XX 103, XXI 108 und 624, XXII 483; Entscheidungen des bayr. Verwaltungsgerichtshofs vom 14. April 1902 und 14. Juni 1904, Arbtr.-Vers. XX 560, XXII 591; Entscheidung des Landgerichts Stettin vom 19. Februar 1897, Arbtr.-Vers. XIV 294; Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 5. April 1905, Arbtr.-Vers. S. 592 und des Oberbürgermeisters zu Koblenz vom 14. August 1905, Arbtr.-Vers. S. 593, ist diese Anschauung der Klägerin aber als eine irrige zu bezeichnen. In erster Linie ist die Beschäftigung der S. bei der Klägerin keine solche, die ihrer Natur nach auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt wäre. Die Art des klägerischen Gewerbebetriebs bedingt zweifellos ein über eine Woche hinaus ständig fortdauerndes Bedürfnis zur regelmäßigen Vornahme der der S. übertragenen Reinigungsarbeiten. Die Einwendung der Klägerin, daß diese Arbeiten auch einmal eine Woche unterbleiben könnten, vermag an dieser Tatsache nichts zu ändern. Denn, falls eine solche Unterlassung mit einem geordneten Geschäftsbetrieb je vereinbar wäre, was nicht ohne weiteres anzunehmen ist, so würde eine solche ausnahmsweise Unterlassung der Reinigung gegen die Notwendigkeit ihrer regelmäßigen Vornahme lediglich nichts beweisen. Die Verrichtungen der S. in dem Gewerbebetrieb der Klägerin sind deshalb ihrer Natur nach nicht vereinzelte und vorübergehende, dann und wann vom Zufall oder von der Willkür be-

stimmte, sondern regelmäßige, fortlaufende, in ihrem Zusammenhang durch die regelrechte Fortdauer des klägerischen Gewerbebetriebs bestimmte, dauernde Arbeiten.

Vergl. die Entscheidungen in Arbtr.-Vers. XIV 297, XX 508, XXI 739.

An der Natur des Gegenstandes der Beschäftigung wird dadurch nichts geändert, daß, wie die Klägerin geltend macht, das Geschäft auch von anderen Arbeitern hätte besorgt werden können, und es ist unerheblich, daß, wie die Klägerin weiter noch vorbringt, die Arbeiten anstatt jeweils am Freitag und Samstag auch an anderen Wochentagen hätten vorgenommen werden können.

Die Beschäftigung der S. ist aber auch nicht im voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt.

Für die Entstehung der Versicherungspflicht ist es nicht wesentlich, ob der Arbeitgeber mit der beschäftigten Person einen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes gültigen Vertrag über das Beschäftigungsverhältnis abgeschlossen hat. Das KVG. knüpft die Versicherungspflicht vielmehr an die Tatsache der Beschäftigung, ohne einen Arbeitsvertrag vorauszusetzen. Es ist deshalb ohne Belang für die vorliegende Entscheidung, wie das zwischen der Klägerin und der S. bestehende Arbeitsverhältnis nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen ist und es entfallen damit die hierauf gestützten Einwendungen der Klägerin. Ist der Gegenstand der Beschäftigung, wie hier, geeignet, eine über eine Woche hinausgehende Beschäftigung zu begründen, so wird die Versicherungspflicht nur dann ausgeschlossen, wenn beide Teile bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses sich bewußt waren, daß dasselbe weniger als eine Woche dauern werde. Im vorliegenden Falle trifft nun gerade das Gegenteil zu. Nach ihrer eigenen Angabe hat die Klägerin der S. bei ihrer Einstellung bedeutet, sie könne Freitags und Samstags die in ihrem Geschäft vorkommenden Putzarbeiten besorgen. Hieraus konnte, wie der Unterrichter mit Recht ausführt, die S. in

zweifelsfreier Weise entnehmen, daß sie bis auf weiteres mit Sicherheit für jede Woche und zwar gewöhnlich für Freitag und Samstag auf entlohnte Beschäftigung bei der Klägerin rechnen könne, und die Klägerin ihrerseits konnte davon ausgehen, daß die S. sich bis auf weiteres auch ohne besondere Aufforderung an diesen Tagen wöchentlich zur Arbeit einfinden werde, was auch seit Jahren tatsächlich der Fall ist. Von einem Bewußtsein bei beiden Teilen, daß die Beschäftigung nur am Freitag und Samstag der erstmaligen Beschäftigung stattfinden solle, ist demnach keine Rede; von Anfang an war vielmehr ein die Zeitdauer einer Woche überschreitendes Beschäftigungsverhältnis, ein solches von unbeschränkter Dauer, ins Auge gefaßt.

Daß die Beschäftigung jeweils die ganze Woche fortgedauert hätte, war zur Begründung der Versicherungspflicht nicht erforderlich, sofern nur die allwöchentliche Wiederkehr der Arbeit, wie im vorliegenden Fall, von beiden Teilen in Aussicht genommen war. Auch daß beide Teile das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Kündigung lösen konnten, ist nicht von Belang, ebenso wenig die Art der Lohnzahlung, eben weil ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Arbeitsverhältnis vorliegt.

Endlich ist auch nicht zu bezweifeln, daß die Beschäftigung der S. nach Zeitaufwand und Entlohnung — $1^1/_2$ Tage in der Woche und 252 Mk. jährlich — nicht derart geringfügig ist, daß sie als entlohnte Beschäftigung versicherungsrechtlich nicht hätte in Betracht kommen können.

Schicker, Minist.-Amtsbl. v. 1885, S. 38/39; Württ J. XIII 249; Arbeiterversorgung XII 263, XIV 294 und 297, XV 398, XVI 172, 418, XVII 419, XX 103, 508, 560, 831, XXI 108, 624, 696, 739, XXII 483, 591/593.

Wortlaut und Sinn des § 12 des Kassenstatuts sind nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs so zu verstehen, daß sich der Kassenbeitrag und das Krankengeld nach dem wirklichen Arbeitsverdienst für den Arbeitstag, d. h. danach richten, was der Arbeiter an einem Tag verdient, an

dem er wirklich arbeitet. Dies kommt wohl auch der Absicht des § 20 Abs. 2 KVG. am nächsten. Denn indem das KVG. hier die Einteilung der Kassenmitglieder in Klassen unter Berücksichtigung der zwischen ihnen hinsichtlich der Lohnhöhe bestehenden Verschiedenheiten zuließ, wollte sie es ermöglichen, die Höhe der Beiträge und der Unterstützungen möglichst dem wirklichen täglichen Arbeitsverdienst, der in der Höhe dieses Verdienstes sich ausdrückenden Wertung der Arbeitskraft des Versicherten und seiner dadurch bedingten sozialen Lage anzupassen. Dieser ist dann, wenn das tägliche Einkommen eines Arbeiters, wie bei Akkordarbeit oder aus anderen Gründen, ein wechselndes ist, für den einzelnen Arbeitstag allerdings nach dem Durchschnitt einer größeren Zahl von Arbeitstagen zu berechnen, weil es sonst an einem richtigen, festen Maßstab fehlt (Arbeiter-Versorg. XVI, 20; XX, 787). Im vorliegenden Fall aber ist ein solcher vorhanden, denn der Arbeitsverdienst der S. für die Tage, an denen sie arbeitet, ist etwas Feststehendes, keinen Schwankungen Unterworfenes. Daß die S. nach der Gestaltung ihres Arbeitsverhältnisses an einzelnen Wochentagen nicht um Lohn arbeitet, beeinflußt zwar ihren Gesamtarbeitsverdienst in der Woche, im Jahr u. s. w., nicht aber ihren Arbeitsverdienst für den Arbeitstag. Dieser Anschauung gibt auch Schicker in dem erwähnten Aufsatz über die Krankenversicherung nur zeitweise gegen Lohn beschäftigter Personen (Minist.-Amtsbl. v. 1885, S. 39/40) Ausdruck. Hienach ist die S. bei der Ortskrankenkasse der Handelsgewerbe in die V. Klasse einzuteilen, ebenso bei der Ortskrankenkasse der Friseure, Diener u. s. w., da für diese bezüglich der Klasseneinteilung u. s. w. ganz dieselben Vorschriften gegolten haben, wie sie bei der Beklagten in Geltung sind.

Die vom Unterrichter für seine Auffassung angeführten Billigkeitsgründe können vom Standpunkte des Verwaltungsgerichtshofs aus für die Entscheidung nicht in Betracht kommen, es kann daher dahingestellt bleiben, inwieweit sie überhaupt zutreffend sind.

Urteil vom 15. November 1905 in der Beruf.-Sache der Ortskrankenkasse der Handelsgewerbe u. s. w. in St. gegen die Firma A. M. in St.

8.

Inwieweit fallen Erkrankungen der Zähne unter den Begriff der Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes? Inwieweit haben die Krankenkassen für Zahnfüllungen aufzukommen?

Die Gründe besagen:

Der Begriff der Krankheit ist weder im Krankenversicherungsgesetz noch in dem Statut der Klägerin näher bestimmt, doch ist die Auslegung des Krankenversicherungsgesetzes zu einem im wesentlichen einheitlichen Begriffe derselben gelangt, indem sie als Krankheit bezeichnet jeden anormalen Körperzustand, der objektiv ärztliche Behandlung, Arznei oder Heilmittel erforderlich macht oder in Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit wahrnehmbar zu Tage tritt (Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I. § 46, S. 293, 300; Wödtke, KVG., IV. Aufl. Anm. 18 zu § 1, S. 70; Schicker, KVG. II. Aufl., Anm. 4 zu § 5 und Anm. 3 zu § 6, S. 60, 66; Hahn, KVG., III. Aufl. Anm. 2ª zu § 5, S. 66; Sauerbeck in Arbeiter-Vers. XII S. 477; Honigmann ebenda S. 68, 359; Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamburg, des sächs. Ministeriums des Innern, des preuß. Oberverwaltungsgerichts, des bayrischen und badischen Verwaltungsgerichtshofs, angeführt in Fuchsberger, Entscheidungen, S. 110 ff.; Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 20. Februar 1893 und 5. Januar 1897, Arbeiter-Vers. X, 502 und XIV, 265; des K. bayr. Verwaltungsgerichtshofs vom 7. Mai 1894 und 2. Dezember 1895, Reger XIV S. 371 und XVI S. 267 und damit übereinstimmend: Erklärung des Regierungskommissärs bei

der III. Lesung der Novelle zum Krankenversicherungsgesetz, stenographischer Bericht 1892, S. 4765). Dieser Begriff der Krankheit gilt für jede Art der Erkrankung des menschlichen Körpers, also auch für Erkrankungen der Zähne. Für diese einen anderen Begriff zu Grunde zu legen, dafür fehlt es an rechtlichen Anhaltspunkten; vergl. hiezu Urteil des Landgerichts Berlin vom 9. Mai 1895, Arb.-Vers. XII S. 422.

Daß nun eine solche Krankheit bei der Beklagten bestand, ist durch das Ergebnis der Beweisaufnahme vom 6. September 1904 außer Zweifel gestellt. Vor allem hat Zahnarzt S. in einwandfreier Weise unter Eid bezeugt, daß in sämtlichen Fällen, in denen eine Plombierung stattgefunden habe, die Zahnfäule bereits so weit vorgeschritten gewesen sei, daß der Zahnschmelz von der Zahnfäulnis durchbohrt und das Zahnbein angegriffen, also ein größeres oder kleineres Loch vorhanden gewesen sei. Mag nun auch die Zahnfäule nicht in allen Stadien, nicht unter allen Umständen und nicht bei allen Personen als Krankheit anzusehen sein, so war sie dies doch im vorliegenden Fall bei der Beklagten. Denn nicht nur hat der Zahnarzt ärztliches Einschreiten an allen von ihm behandelten Zähnen als notwendig bezeichnet, sondern es ist auch durch das einwandfreie Zeugnis des Vaters der Beklagten und das des Rechtsanwalts-Assistenten E. festgestellt, daß die Beklagte wahrscheinlich an zwei, jedenfalls aber an einem Zahn so heftige und andauernde Schmerzen hatte, daß ihr Wohlbefinden und ihre Arbeitsfähigkeit in erheblichem Maße gestört waren.

Daß der Zahnarzt in einem Falle, wie dem vorliegenden, seine Krankenbehandlung über den schmerzenden Zahn hinaus auch auf die anderen, von der Zahnfäule ergriffenen Zähne ausgedehnt hat, ist nicht zu beanstanden, zudem feststeht, daß dies nicht, wie die Klägerin behauptet, nur zum Zweck der Beseitigung von Schönheitsfehlern geschah. Da aber der Beklagten nur ein Anspruch auf das unbedingt Notwendige zusteht, und die Klägerin die Anwendung eines teureren Heilmittels da mit Recht ablehnen kann, wo dem

Arzt ein billigeres, ebenso Erfolg versprechendes zu Gebote gestanden wäre (Hahn, KVG. Anm. 2[c] zu § 6, S. 78 und in Arb.-Versorg. XIV S. 332), so fragt es sich noch, ob die von S. vorgenommenen Füllungen und anderen ärztlichen Hilfeleistungen unbedingt notwendig waren, oder ob nicht der mit ihnen verbundene Heilzweck auf andere, billigere Weise ebensogut hätte erreicht werden können. Dies ist nach den überzeugenden, durch das Gutachten des Dr. med. H. in S. bekräftigten Angaben des Zahnarzts S. vom 6. September 1904 bestimmt zu verneinen, ohne daß es noch der Einholung eines weiteren ärztlichen Gutachtens bedürfte. Hiebei geht der Verwaltungsgerichtshof in Uebereinstimmung mit dem oben schon angeführten Urteil des K. Landgerichts Berlin vom 9. Mai 1895, Arb.-Vers. XII, S. 422, davon aus, daß das Plombieren, weil bei ihm das wesentliche die persönliche Tätigkeit des Arztes ist, gegen die das sächliche Mittel (die Plombe) zurücktritt, unter den Begriff der ärztlichen Behandlung und nicht unter den der Heilmittelgewährung fällt, daß aber die Beklagte nicht Anspruch auf die vom Zahnarzt verwendete, teurere Goldamalgamfüllung, sondern nur auf die billigere, von ihr selbst beanspruchte Füllung hat.

Hienach war die Einwendung der Klägerin, es habe sich bei der Beklagten nicht um eine Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes gehandelt und es falle die Tätigkeit des S. an den Zähnen der Beklagten nicht unter die der Kasse gesetzlich oder statutarisch obliegenden Leistungen, als unbegründet zu verwerfen. Ebenso unbegründet sind aber auch die anderen von der Klägerin vorgebrachten Einwendungen.

Dies gilt vor allem von der Behauptung der Klägerin, sie sei, weil die Aufwendung der Beklagten nicht in dem vollen, von ihr verausgabten Betrage von 59 Mk. 50 Pfg. erstattungsfähig sei, auch nicht zum Ersatz des verlangten Teilbetrags von 30 Mk., der im übrigen der Höhe nach nicht bestritten ist, erstattungspflichtig. Nach dem Wortlaut

und der Absicht des Kassenstatuts und des KVG. ist die Klägerin feststehender Auslegung entsprechend (Hahn, KVG. Anm. 2a zu § 6 S. 75; Schicker, KVG. Anm. 4 zu § 6, S. 66) verpflichtet, ihren erkrankten Mitgliedern ärztliche Hilfe und die statutarischen Heilmittel in natura zu gewähren. Muß sich aber der Kranke solche aus einem berechtigten Grunde selbst beschaffen, so hat er an die Kasse Anspruch auf Geldleistung in Höhe der aufgewendeten Kosten. (Hahn a. a. O.; Reger, XIV S. 381; XXIII S. 96; XXV S. 255). Als solcher berechtigter Grund gilt die grundlose Verweigerung der nötigen Hilfe. Verweigerung der Leistung in natura, d. h. der unentgeltlichen ärztlichen Hilfe lag nun im vorliegenden Fall schon deshalb vor, weil die Klägerin die Bezahlung von Zahnfüllungen grundsätzlich verweigert und diesen ablehnenden Standpunkt ihren Mitgliedern zur Kenntnis gebracht hat. Da die Verweigerung der Leistung, wie oben gezeigt, aber auch ungerechtfertigt war, so steht der Beklagten ein Ersatzanspruch zu, der sich nach dem bemißt, was sie auslegen mußte, um sich diejenige ärztliche Hilfe zu verschaffen, die die Klägerin in natura zu leisten verpflichtet gewesen wäre. Ist die Beklagte bei dieser Beschaffung über das Maß des Notwendigen, in Gesetz und Statut Begründeten hinausgegangen, so hat die Klägerin für das Uebermaß keinen Ersatz zu leisten; ihre Haftung für das Notwendige, wie es sich in dem von der Beklagten geforderten Betrag von 30 Mk. darstellt, kann durch deren Mehrausgabe aber nicht berührt werden.

Was sodann die Behauptung der Klägerin anbelangt, sie halte sich zwar für berechtigt, aber nicht für verpflichtet, Zahnfüllungen zu bezahlen, da ohne Erhöhung der Beiträge ihre Mittel hiefür nicht ausreichen würden, so ist auch sie nicht geeignet, das Bestreiten des Anspruchs der Beklagten irgendwie zu begründen. Denn die Leistung von Krankenunterstützungen im Einzelfall ist weder nach Gesetz noch nach Statut in das Belieben der Kasse gestellt, und es handelt sich bei der strittigen Leistung auch nicht um eine Mehrleistung

der Kasse, deren Einführung dem Statut überlassen wäre (§§ 20 und 21 KVG.), endlich dürfen zu nicht gesetzlichen oder statutarischen Leistungen überhaupt keine Kassengelder verwendet werden (§ 22 Abs. 1 KVG.). Will aber die Klägerin mit ihrer Behauptung sagen, angesichts der unzureichenden Kassenmittel wäre der Anspruch der Beklagten auch dann abzuweisen, wenn Zahnfüllungen unter den Begriff der Krankenunterstützung im Sinne des KVG. im Einzelfall unterzubringen wären, so ist auch diese Anschauung eine irrige. Denn ist die Zahnfüllung, wie im vorliegenden Falle, eine ärztlich gerechtfertigte, für den Einzelfall als notwendig erkannte Heilweise, so geben weder KVG. noch Statut Anhaltspunkte dafür, daß die Klägerin dem kranken und hilfsbedürftigen Kassenmitglied das Recht auf Unterstützung deshalb verweigern dürfte, weil sie befürchtet, es möchten bei häufigerem Vorkommen ähnlicher Fälle ihre Mittel übermäßig in Anspruch genommen werden. Will endlich die Klägerin mit ihrer Behauptung noch ganz allgemein vorbringen, Zahnfüllungen können wegen ihrer Kostspieligkeit für die Krankenkassen überhaupt nicht in Betracht kommen, so kann sie sich für diese Anschauung allerdings auf das in Arb.-Vers. XIII, S. 356 veröffentlichte Urteil des Magistrats zu Frankfurt a. M. vom 21. April 1895 berufen, das sich auf den Standpunkt stellt, bei Erlaß des KVG. könne an die Gewährung von Zahnfüllungen als unter die Mindestleistungen der Kasse fallend nicht wohl gedacht worden sein, weil bei der Häufigkeit der Zahnsäule den Krankenkassen durch diese so große Kosten erwachsen würden, daß sie den ihnen durch das Gesetz unzweifelhaft zugewiesenen Aufgaben nicht mehr gerecht zu werden vermöchten. Diese Auslegung ist aber zu weitgehend. Nach der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht (Hahn, KVG., Anm. 2c zu § 6, S. 78 und in Arb.-Vers. XIV, S. 382; Schicker, KVG., Anm. 4 zu § 6, S. 69; Entsch. des Landgerichts Berlin vom 9. Mai 1895, Arb.-Vers. XII, S. 420; Entsch. des Amtsgerichts Berlin vom 8. Dezember 1896, Arb.-Vers. XIV, S. 296;

Entsch. des Landgerichts Frankfurt a. M. vom 19. März 1898, Arb.-Vers. XV S. 414; Entsch. des Rats zu Dresden vom 30. Juni 1898, Arb.-Vers. XVI, S. 452; Entsch. des bayr. Verwaltungsgerichtshofs vom 5. Juli 1897, Reger XVIII S. 210; Entsch. des Landgerichts Aachen vom 28. Mai 1897, Arb.-Vers. XV, S. 31; Entsch. des Landgerichts Leipzig vom 31. Mai 1900, Arb.-Vers. XVII S. 753) ist vielmehr, wie im vorliegenden Falle geschehen, in jedem Einzelfall nach den besonderen Verhältnissen zu untersuchen, ob eine Krankheit im Sinne des KVG. vorliegt und welche Heilweise für dieselbe notwendig ist und es ist nicht ausgeschlossen, auch Zahnfüllungen als Heilweise zuzulassen, falls nicht billigere Mittel den Heilzwecken ebensogut gerecht werden.

Verfehlt ist endlich auch die Einwendung der Klägerin, der Gesetzgeber habe sich bei Gelegenheit der letztmaligen Aenderung des KVG. zur vorliegenden Streitfrage nicht geäußert und es folge hieraus, daß er damit habe zeigen wollen, daß die Krankenkassen zur Gewährung von Zahnfüllungen nicht verpflichtet seien. Daraus, daß bei Gelegenheit der letzten Aenderung des KVG. vom Gesetzgeber zu der vorliegenden Frage nicht besonders Stellung genommen worden ist, folgt nur, daß der Gesetzgeber deren Beantwortung, wie bisher, den schon bestehenden Gesetzesvorschriften überlassen wollte.

Urteil vom 15. November 1905 in der Beruf.-Sache der Ortskrankenkasse G. gegen Berta D. in G.

Literarische Anzeigen.

Staudinger: **Kommentar zum BGB.**; zweite Auflage (vergl. WürttZ. 17 S. 409). Das schon mehrfach in dieser Zeitschrift gerühmte Werk schreitet rasch seiner Vollendung entgegen: die 24. Lieferung enthält den Schluß des Rechts der Schuldverhältnisse; LGR. Dr. Engelmann behandelt darin auf 112 Seiten den wichtigen Titel 25: „Unerlaubte Handlungen" (Gesamtpreis des „Rechts der Schuldverhältnisse" geb. 36 Mk., ungeb. 31 Mk. 60 Pfg.). In der 23. Lieferung ist das Erbrecht bis § 2298 fortgeführt; es stehet nun neben dem Schluß des Erbrechts nur noch der größere Teil des EG. aus. Daß Staudinger neben Planck unter den Kommentaren zum BGB. den ersten Rang einnimmt, darüber s. z. B. Prof. Tuhr in DJZ. 1906 Sp. 96.

Von Warneyers **Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts** (Leipzig, Roßberg) ist der vierte Jahrgang (Preis 8 Mk.) erschienen. Es gilt von ihm im wesentlichen dasselbe wie von Soergels „Rechtsprechung". Hervorzuheben ist, daß sich die Warneyersche Zusammenstellung auf nicht weniger als 55 Gesetze erstreckt.

Abhandlungen von Rechtsanwälten, gefertigt zwecks Erlangung der Doktorwürde, sind nicht selten für den Praktiker von größerem Interesse, als ähnliche Abhandlungen von Privatdozenten, weil die Verfasser sich vermöge ihres Berufs gern der Erörterung praktischer Fragen zuwenden (vergl. z. WürttZ. 17 S. 132). Zwei derartige Inauguraldissertationen sind die im Jahr 1905 im Verlag von Kohlhammer (zum Preis von je 1 Mk.) erschienenen Abhandlungen von P. Scheuing: **Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften und deren Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft** und von W. Gößler: **Zur Lehre von der Datierung des eigenhändigen Testaments.** In der erstgenannten Schrift wird die Zulässigkeit der im Titel bezeichneten Maßnahmen gegenüber der — von Autoritäten wie Staub vertretenen — Gegenmeinung eingehend und gründlich in klarer Darstellung verfochten und auf das praktische Bedürfnis hingewiesen, das die Bejahung jener Zulässigkeit fordert. Die zweite Schrift gibt eine Uebersicht über den Stand der einschlägigen Streitfragen, vertritt in sorgfältiger Ausführung den auch vom Reichsgericht eingenommenen Standpunkt, daß die Datierung richtig sein muß, und zieht (unter eingehender Würdigung der verschiedenen in der Literatur aufgetauchten Ansichten) die hieraus für besondere Fälle wie z. B. nachträgliche Aenderungen des Testaments sich ergebenden Folgerungen. Pf.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

16.

Anfechtbarkeit einer Bürgschaft auf Grund des § 138 BGB.?

In einem Vertrage, welchen K. B. unter dem 19. Dezember 1901 mit dem verstorbenen Ehemann der Klägerin H. M. abgeschlossen und welchen unter dem gleichen Datum W. S. als „Bürge, Selbstschuldner und Selbstzähler" mit unterzeichnet hat, verpflichtete sich die B., sämtlichen in der Wirtschaft oder über die Straße zum Ausschank kommenden Wein, Champagner und Most, sowie sämtliche Zigarren vom Vermieter zu beziehen. Gleichzeitig war durch einen weiteren schriftlichen „Mietvertrag" zwischen H. M. und der B. mit gleicher Bürgschaftserklärung des S. die Vermietung der Wirtschaftsräume des ersteren um einen jährlichen Mietzins von 1000 M. vereinbart. Unter Vorlegung dieses letzteren Mietvertrages, welcher vom 1. April 1902 ab in Wirkung treten sollte, hatte die B. unterm 25. Februar 1902 bei der Königlichen Stadtdirektion in Stuttgart um die Erlaubnis zum Betrieb der Wirtschaft als Pächterin nachgesucht; mit Bescheid dieser Behörde vom 22. September 1902 war die Erlaubnis jedoch versagt worden. Gleichwohl hat die B. während der Zeit vom 1. April 1902 bis März 1903 die

Wirtschaft als angebliches Büfettfräulein auf Grund der von M. und später von einem K. St. erlangten Wirtschaftskonzession — in Wirklichkeit auf ihre eigene Rechnung — betrieben. Die Klägerin hat nun aus dem Grund der Bürgschaft des S. Bezahlung der von ihrem Ehemann und nach dessen im November 1902 erfolgten Tode von der Klägerin selbst der B. gelieferten Waren verlangt. Der Beklagte W. S. hat — neben einer Reihe anderer aus den Gründen ersichtlicher Einwendungen — gegen den Klageanspruch eingewandt: die Bürgschaft sei (auch) um deswillen nichtig, weil der Wirtschaftspachtvertrag zwischen M. und der B., auf den sich die Bürgschaft beziehe, wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Erlaubnis zum Wirtschaftsbetriebe ungültig sei. Die Einwendungen des Beklagten sind verworfen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Getränkeabnahmevertrag war, wie sich schon aus seinem Eingang ergibt, im Hinblick darauf abgeschlossen, daß die K. B. den Betrieb der Wirtschaft des H. M. auf eigene Rechnung übernehmen sollte und auch die Bürgschaft sollte nach den Verhältnissen dies ermöglichen. Dabei war zunächst ein gesetzlich zulässiger Wirtschaftsbetrieb durch die B. als Pächterin in Aussicht genommen, wie aus dem zeitigen Versuch, die obrigkeitliche Genehmigung zu erlangen, vom 25. Februar 1902 hervorgeht. Bis 22. September 1902 war es nun in der Schwebe, ob die Genehmigung erteilt werde, ab 1. April 1902 aber wurde die Wirtschaft von der B. wirklich auf eigene Rechnung betrieben und zwar im Einverständnis aller Beteiligten auch des alt W. S. In dieser Zeit konnte noch auf spätere Genehmigung gehofft werden, immerhin war aber der Betrieb unter dem Schein einer Tätigkeit der B. als „Büfettfräulein" ungesetzlich. Derselbe Betrieb wurde dann auch nach Versagung der Wirtschaftserlaubnis ab 22. September bis März 1903 fort-

gesetzt, gleichfalls in allseitigem Einverständnis, wie auf Grund des vorausgehenden Betriebs als erwiesen anzunehmen ist.

Auf Grund dieses Verlaufs der Angelegenheit und auf Grund des Umstands, daß die Beteiligten, zumal W. S. vermöge seiner Kenntnis von dem Vorleben der B. von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen mußten, daß die Wirtschaftserlaubnis auch versagt werden könne, ist allerdings auch als erwiesen anzunehmen, daß die Beteiligten auch einen solchen, das Gesetz umgehenden Betrieb durchführen wollten. Dennoch kann nach diesem Verlauf nicht gesagt werden, daß der Zweck der Vereinbarung und so auch der Bürgschaft die Ermöglichung eines gesetzwidrigen Wirtschaftsbetriebs war, vielmehr war der Zweck die Ermöglichung eines Wirtschaftsbetriebs der B. und dieser sollte gesetzmäßig sein. Der anderweite Betrieb wurde nur mithingenommen, für den Fall, daß die Genehmigung nicht zu erlangen war. Hienach ist die Beziehung der Bürgschaft zu dem gesetzwidrigen Wirtschaftsbetrieb nach dieser Richtung keine so unmittelbare, daß die Bürgschaft dadurch gegen die guten Sitten verstoßen würde (§ 138 BGB.). Es kann aber auch nicht gesagt werden, daß die Genehmigung des Wirtschaftsbetriebs durch die Behörde die Voraussetzung der ganzen Vereinbarung und der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg gewesen wäre, bei dessen Wegfall die Verpflichtungen, insbesondere die Bürgschaftsverpflichtung rückgängig gemacht werden könnten (§ 812 BGB.); vielmehr sollte die Vereinbarung, wie der Verlauf zeigt, auch bei Nichteintritt der obrigkeitlichen Genehmigung wirksam bleiben.

Nach anderer Richtung ist ein Verstoß des Bürgschaftsrechtsgeschäfts gegen die guten Sitten und dadurch gegebene Nichtigkeit (§ 138 BGB.) geltend gemacht, in der Weise, daß als Zweck der ganzen Veranstaltung eines Wirtschaftsbetriebs der B. und so auch der Bürgschaft, die einen solchen ermöglichen sollte, die Förderung des unzüchtigen Verkehrs zwischen alt W. S. und der

K. B. behauptet wird. Dies ist aber nach den Verhältnissen wie sie durch die Beweisaufnahme klargelegt sind, nicht richtig. Die B. wohnte unmittelbar zuvor bei der früheren eingeschriebenen Dirne L. und es konnte keine Erleichterung des unzüchtigen Verkehrs gewähren, wenn sie statt dessen mit der eigenen Führung einer Wirtschaft betraut wurde. Vielmehr war es dem alt W. S. offenbar darum zu tun, der B. eine Stellung von gewisser wirtschaftlicher Selbständigkeit zu verschaffen, es war, was insbesondere dem Wirtschaftseigentümer M. gegenüber in Betracht kommt, der darin eine Erklärung des Eintretens von W. S. finden konnte, von einer Heirat zwischen der B. und dem verwitweten S. die Rede. Auch handelte es sich um einen von S. mit wirtschaftlicher Sorgfalt beaufsichtigten Betrieb. Das unzüchtige Verhältnis zwischen S. und der B. war für S. allerdings, wie anzunehmen ist, die Veranlassung, für die B. zu sorgen und ihr eine Stellung zu verschaffen. Aber dieser Zweck der Gründung einer Stellung für die B. war der Zweck seines Eintretens mit der Bürgschaft. Hienach ist auch in dieser Richtung die Beziehung der Bürgschaft zu dem unsittlichen Verhältnis keine solche, daß die Bürgschaft als gegen die guten Sitten verstoßend, angesehen werden könnte.

Wenn auch die Vereinbarung zwischen der B. und M., soweit der B. die Wirtschaft bei Fehlen der obrigkeitlichen Wirtschaftserlaubnis verpachtet wurde wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Bestimmungen § 33, vgl. 147 Ziff. 1 GewO. nichtig war und davon weiter der auf dieser Grundlage abgeschlossene Getränkeabnahmevertrag betroffen wurde, so sind davon doch nicht ergriffen die einzelnen in Ausführung der Vereinbarung abgeschlossenen, Kaufsgeschäfte über Weinlieferung u. s. w., da sie eine eigene tatsächliche Grundlage mit selbständiger verpflichtender Kraft haben, die ihnen selbständigen Bestand verleiht. Auf diese einzelnen Kaufsgeschäfte bezieht sich, wie oben ausgeführt, die Bürgschaft des W. S. und diese Bürgschaft ist daher auch nicht

dadurch hinfällig, daß die zugehörige Hauptverbindlichkeit ungültig wäre. Auch in dieser Richtung ist die Einwendung gegen die Bürgschaftsverpflichtung unbegründet[1].

Urt. des I. CS. vom 20. Januar 1905 i. S. Strauß g. Maiter.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

17.

Kauf? Bürgschaft? Garantieversprechen? Versprechen, für ein bestimmtes Handeln eines Dritten sich bemühen zu wollen? Bloße Auskunft?

In der im Sommer 1904 abgebrannten Stadt Ilsfeld bestand eine Hilfskasse, welche den abgebrannten Hauseigentümern Darlehen[2]) in der Weise gewährte, daß sie an diejenigen Bauunternehmer und Handwerker, welche Arbeiten an den jeweils in Frage kommenden Neubauten hergestellt hatten, den Betrag ihrer Forderungen, unter Belastung des Hauseigentümers auf Darlehenskonto, ausbezahlte. Zur Aufstellung von bauleitenden Architekten für die zu bauenden Häuser ließ sich der Hilfsverein im voraus durch die Bauherrn bevollmächtigen.

Klägerin, eine Holzhandluug in Oberbayern, war von dem Zimmermeister V., der an einem Neubau in Ilsfeld Zimmerarbeiten herzustellen hatte, um käufliche Lieferung einer sog. Rohrdeckenschalung angegangen worden, welche er auch später im Wert von 463 M. 53 Pf. nach Ilsfeld zugeliefert erhielt. Zuvor jedoch hatte Klägerin ihren Agenten in Stuttgart mit Ermittlungen über die Zahlungsfähigkeit des V. und mit der Herbeiführung einer Sicherstellung ihrer Forderung gegen ihn bei der Hilfskasse betraut. Nachdem

---

[1]) Zu vgl. zur Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten. Württ. J. Bd. 8. S. 17, Bd. 9 S. 160, RG. Bd. 57 S. 96, Bd. 41 S. 295, Bd. 37 S. 416.

[2]) Vgl. hiezu das Gesetz vom 3. Januar 1905 (RegBl. S. 5.)

der Agent mitgeteilt hatte, diese Sicherstellung sei erfolgt, wandte sich Klägerin an die Beklagten, welche ein gemeinsames Architektenbureau hatten und bei dem fraglichen Neubau tätig waren und ersuchte dieselben um Bestätigung, daß die Regulierung ihrer etwa 500 M. betragenden Faktura von der Hilfskasse vorgenommen werde und um Nachricht, wann die Zahlung geleistet würde. Darauf antwortete am 24. November 1904 für die Beklagten ihr Bauführer W., die Ausbezahlung der 500 M. an die Klägerin durch die Hilfskasse sei seitens der Beklagten veranlaßt, und die Auszahlung werde „nach von Zimmermeister V. erfolgten Aufschlagungsarbeiten" erfolgen; wegen bereits vorliegender Verzögerung und zur Vermeidung weiteren Zeitverlusts werde um sofortige Absendung der Rohrdeckenschalung gebeten. Darauf erwiderte Klägerin am 26. desf. Mon.

„Wir haben nunmehr, nachdem Sie die Haftung für richtige Ausbezahlung der Faktura des Herrn V. übernommen haben, sofort den Waggon bestellt und werden solchen nach Eintreffen unverzüglich auf den Weg bringen."

Zur Verwendung der Rohrdeckenschalung an dem betreffenden Neubau ist es nun aber nicht gekommen, vielmehr hat V. in anderer nicht aufgeklärter Weise über die Ware verfügt, nachdem ihm angeblich wegen Nachlässigkeit und Verzögerung die Arbeit an dem Neubau entzogen war. Ob diese Entziehung der Arbeit durch den Hilfsverein oder durch die Beklagten selbst geschah, ist bestritten.

V. hat die Klägerin nicht befriedigt und erwies sich als unpfändbar. Von der Hilfskasse konnte Klägerin ebenfalls keine Befriedigung erlangen, da diese dem V. für nicht ausgeführte Arbeiten selbstverständlich ebensowenig wie der Hauseigentümer etwas zu zahlen hatte.

Klägerin wollte sich nun an die Beklagten halten und hat sie auf Bezahlung von 463 M. 53 Pf. nebst Prozeßzinsen als Gesamtschuldner belangt. Die Beklagten haben jede Verantwortlichkeit bestritten und insbesondere auch geltend gemacht, daß der Bauführer W. zur Eingehung einer

Haftungsverbindlichkeit für sie nicht berechtigt gewesen sei.

Das klagabweisende Urteil des Landgerichts wurde bestätigt.

In den

Gründen

des Berufungsurteils wird zunächst die von der Klägerin in II. Instanz aufgestellte Behauptung, die Beklagten seien nicht lediglich bauleitende Architekten, sondern Bauunternehmer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gewesen, aus tatsächlichen Gründen widerlegt und sodann fortgefahren:

Es ist also als erwiesener Sachverhalt dem Urteil zu Grunde zu legen, daß V. mit dem Eigentümer des betreffenden Hauses, nicht dagegen mit den Beklagten in einem Vertragsverhältnis stand, daß die Beklagten nur die Aufsicht über die Bauarbeiten namens des Hauseigentümers zu führen hatten und daß daher die in Aussicht genommene Begleichung der klägerischen Rechnung durch die Hilfskasse nicht eine Befreiung der Beklagten von einer ihnen dem V. gegenüber obliegenden Verbindlichkeit bewirkt hätte, sondern vielmehr zu dem Zweck geschehen sollte, um den Hauseigentümer von dieser Schuld zu befreien, wobei ihm der beglichene Rechnungsbetrag als Darlehen anzurechnen gewesen wäre; die Aufgabe der Beklagten bei dieser Sache wäre nur d i e gewesen, in einer Mitteilung an den Hilfsverein („Anweisung" genannt) den Zeitpunkt festzustellen, wann die Forderung des V. aus seinem mit dem Bauherrn abgeschlossenen Vertrag zur Entstehung gekommen war und demgemäß, unter Belastung des Bauherrn auf Darlehenskonto, von der Hilfskasse beglichen werden konnte.

Auf der in dieser Weise festgestellten tatsächlichen Grundlage und nach Maßgabe der sonst vorliegenden Tatsachen läßt sich zu einer Verurteilung der Beklagten nicht gelangen.

Gänzlich unhaltbar ist die von der Klägerin in I. Instanz aufgestellte, vor dem Berufungsgericht nicht weiter verfolgte Behauptung, die Beklagten seien im Verhältnis

zur Klägerin die Käufer der fraglichen Baumaterialien gewesen. Nach den vorliegenden Briefen handelte es sich von Anfang an darum, daß B. von der Klägerin die Ware beziehen wollte. Über seine Zahlungsfähigkeit erkundigte sich Klägerin bei ihrem Agenten, auch die Rechnung ist auf B. ausgestellt. Daß mit dem Brief vom 24. November 1904, auch wenn der Bauführer W. zu der darin abgegebenen Erklärung bevollmächtigt war, die Beklagten nicht als Käufer in den Vertrag zwischen B. und der Klägerin eintreten wollten, bedarf bei dem Wortlaut des Briefs keiner begründenden Ausführung. Ebensowenig konnte es im Sinn der Beklagten, welche als bauleitende Architekten kein eigenes Interesse an der Vollendung des Baus hatten, gelegen sein, eine Haftung für die Befriedigung der Klägerin durch B. mit ihren eigenen Vermögensmitteln zu übernehmen, und es ist unerheblich, daß Klägerin in ihrer Antwort vom 26. desf. Mon. sich einseitig auf den Standpunkt stellte, daß die Beklagten eine solche Haftung übernommen haben. Es kann daher auch von einer Bürgschaft oder einem Kreditauftrag (BGB. §§ 765, 768) nicht die Rede sein. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen hierauf bezüglichen Haftungserklärung kann ferner nicht einmal von einem Garantievertrag, also von der Verpflichtung der Beklagten, für die Befriedigung des klägerischen Guthabens an B. aus der Hilfskasse einstehen zu wollen[1]), gesprochen werden. In Frage kommen könnte, nachdem die Beklagten einmal Schritte für die Klägerin bei der Hilfskasse getan zu haben erklärten und im Anschluß hieran das Ersuchen um Absendung der Ware gestellt haben, allein noch der Gesichtspunkt, ob nicht hiedurch die Verpflichtung der Beklagten begründet worden sei, nach ihren Kräften dafür sorgen zu wollen, daß B. die Arbeiten, wozu die Rohrdeckenschalung dienen sollte, vollende und daß solchergestalt sein Guthaben an die Kasse zur Entstehung komme. Eine Haftung solcher Art war schon dem gemeinen

[1]) S. Planck, BGB. Vorbem. III zu Titel 18 des 7. Abschn. des II. Buchs.

Recht[1]) bekannt und ist, da sie aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der auftragsmäßigen Haftung abgeleitet werden kann, auch nach dem Recht des BGB. als fortbestehend anzunehmen[2]). Eine Haftung dieser Art würde wohl dann anzunehmen sein, wenn die Beklagten Bauunternehmer gewesen wären; dann würden sie der Klägerin gegenüber ein eigenes Interesse, nämlich die Beschleunigung der von V. für sie herzustellenden Arbeiten und der ihnen selbst dem Bauherrn gegenüber obliegenden Verpflichtungen, verfolgt haben und es wäre in diesem Falle nicht mehr als billig, ihnen die Sorge wenigstens dafür aufzubürden, daß Klägerin in ihrer Erwartung, von V. durch Vermittlung der Hilfskasse Befriedigung zu erlangen, nicht getäuscht wurde, und von ihnen zu verlangen, daß sie die ihnen diesfalls im Verhältnis zu V. zustehenden vertragsmäßigen Rechte auf Ausführung des Baus auch im Interesse der Klägerin geltend machten, so daß die ihnen von der Klägerin zum Vorwurf gemachte Unterlassung jeden Eintretens für die klägerischen Interessen auch zu einer rechtlichen Haftung führen könnte.

Müßte ein Verpflichtungswille der zuletzt erwähnten Art dann, wenn die Beklagten bei ihrer Mitteilung an die Klägerin vom 24. November 1904 als an der Abwicklung des Geschäfts zwischen der Klägerin und V. persönlich beteiligte Bauunternehmer gehandelt hätten, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte wohl bejaht werden, so trifft dies dagegen nicht zu auf den vorliegenden Fall, wo — wie oben dargelegt ist — die Stellung der Beklagten lediglich diejenige gewesen ist, daß sie die Aufsicht über den Neubau für den Hauseigentümer zu führen hatten. Nun erscheint die in dem Brief der Beklagten vom 24. November 1904 enthaltene Erklärung:

---

[1]) Als sog. einfache cura im Gegensatz zu der im Garantievertrag enthaltenen sog. cura cum effectu: Seuff A., 18 nr 31; 42 nr 196.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten 8. Aufl., 2. Bd., Zusatz zu § 317.

„Daß wir die Ausbezahlung von 500 M. an Sie bei der Hilfskasse veranlaßt haben",

in einem andern Licht: in Verbindung mit der Anfrage der Klägerin vom 22. November 1904, worin sie um Bestätigung bittet, daß die Begleichung ihres Guthabens an V. von der Hilfskasse vorgenommen werde, hat die Antwort der bauleitenden Architekten keine andere Bedeutung als die Bejahung dieser Anfrage unter dem (nebensächlichen) Anfügen, daß die Beklagten selbst den Wunsch der Klägerin, aus der Hilfskasse befriedigt zu werden, dieser übermittelt und von der Bereitwilligkeit der Kasse, das Begehren der Klägerin zu erfüllen, sich überzeugt haben. Daß diese Auskunft richtig war, ist nicht zu bezweifeln, eine Haftung der Beklagten wegen unrichtiger Angabe wäre übrigens nach § 676 BGB. nur beim Vorliegen einer unerlaubten Handlung, welche nicht behauptet ist, begründet. — Auf Grund des Briefs der Beklagten war es lediglich Sache der Klägerin, ob sie das Geschäft mit V. mit der Aussicht, nach Vollendung der Aufschlagungsarbeiten aus der Kasse Zahlung zu erhalten, machen wollte oder nicht. Die Bitte um Beschleunigung war, wie auch Klägerin erkennen mußte, von der Beklagten lediglich im Interesse des Bauherrn gestellt worden.

Aus welchen Gründen nun die Vollendung der Arbeiten des V. an dem betreffenden Neubau und infolgedessen die Befriedigung der Klägerin aus der Hilfskasse unterblieben ist, bedarf der zurzeit mangelnden näheren Aufklärung nicht. Denn auf keinen Fall kann Klägerin von den Beklagten, welche nur eine unverbindliche Auskunft erteilt haben, verlangen, daß sie für die Nichterfüllung einer für die klägerischen Interessen zu betätigenden Sorge einstehen sollen, welche die Beklagten vertragsmäßig nicht übernommen hatten.

Urt. des I. CS. vom 26. Januar 1906 i. S. Kempf u. Geiger g. Roekle u. Graf.

18.

Liegt Schenkung oder aber eine anderweite (einer Form nicht bedürftige) unentgeltliche Zuwendung vor, wenn jemand einem Verein für einen gemeinnützigen Zweck Mittel überläßt, ohne daß dadurch dem Verein ein vermögensrechtlicher Vorteil erwächst?

Der klagende Verein, der nach § 1 seiner Satzung den Zweck verfolgt, „für die Einführung der fakultativen Feuerbestattung in Württemberg zu wirken", ist seit dem 22. Oktober 1900 im Vereinsregister in Stuttgart eingetragen. Nach § 8 der Satzung werden „alle außerordentlichen Beiträge, Zuwendungen und Geschenke" — — „einem Grundstock zur Herstellung der für die Feuerbestattung erforderlichen Anlagen und Einrichtungen überwiesen". Im April 1902 erließ der Verein an seine Mitglieder ein Rundschreiben, worin er sie bat, zur Erbauung eines Kolumbariums, dessen Kosten auf rund 50000 M. veranschlagt seien, Beisteuern zu leisten und dafür auch im Kreise ihrer Freunde und Bekannten zu wirken. Am 30. April 1902 erklärte darauf der Privatmann O. S. dem Vereinsvorstande schriftlich und bald darauf auch mündlich, er sei bereit, dem Vereine zum Baue des Kolumbariums die nötigen Mittel, zunächst 50000 M. zur Verfügung zu stellen. Der Verein nahm das Anerbieten an und begann 1903 den Bau. S. bezahlte zwei Raten mit je 10000 M., verweigerte aber weitere Zahlungen, weil inzwischen Mißhelligkeiten zwischen ihm und dem Vereine entstanden waren. In einem Brief an den Kassenführer des Vereins äußerte er u. a.: „soviel ist sicher, daß von dem Moment, daß das Geld aus meinen Händen geht, ein öffentliches ist und öffentlichen Zwecken dient".

Gegenüber der auf Bezahlung der restlichen 30000 M. gerichteten Klage haben die Beklagten (Erben und Testamentsvollstrecker des S.) insbesondere geltend gemacht: es liege

ein wegen Formmangels ungültiges Schenkungsversprechen vor.

Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Gründe:

Die Klage ist begründet, falls die in Rede stehende Zuwendung nicht eine Schenkung darstellt, die als der Form des § 518, Abs. 1 BGB. ermangelnd ungültig wäre, soweit sie nicht schon zum Vollzug gelangt ist.

Ohne Frage liegt eine Zuwendung S.s an den klagenden Verein vor: S. hat mündlich und schriftlich erklärt, er stelle dem Verein zum Bau des geplanten Kolumbariums 50 000 M. zur Verfügung und der Verein hat (durch seinen Vorstand) dieses Anerbieten angenommen, der Verein ist es, der das Kolumbarium errichten läßt und der, falls ein klagbarer Anspruch auf die 50 000 M. überhaupt besteht, klagberechtigt ist. Ferner liegt zweifellos eine unentgeltliche Zuwendung an den klagenden Verein (eine „unentgeltliche Verfügung" i. S. des § 32 Ziff. 1 KO.) vor, kein „außerordentlicher Mitgliedsbeitrag", d. h. keine durch Beschluß der maßgebenden Vereinsorgane den Mitgliedern neben dem regelmäßigen Beitrag (oder statt dieses) auferlegte Zahlungsverpflichtung. Beide Teile, S. und der klagende Verein, waren endlich darüber einig, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge, d. h. daß der Verein seinerseits keine Gegenleistung an S. zu machen habe.

Fraglich ist aber, ob durch die Zuwendung eine Bereicherung des klagenden Vereins erfolgt ist bezw. erfolgen würde (ob auf Seite S.s die Absicht vorlag, den Verein zu bereichern, ist für den Tatbestand des § 516 BGB. unerheblich).

a) In dieser Richtung steht zunächst fest, daß die Zuwendung ausschließlich für den Bau des in Rede stehenden Kolumbariums bestimmt ist und nur hiefür verwendet werden darf; Kläger verlangt demgemäß auch nur die Feststellung, daß die Beklagten die letzten 20 000 M. zu bezahlen haben, „soweit diese Beträge zum Weiterbau des Kolumbariums benötigt werden". Dieses Kolumbarium wird aber auf

einem Grund und Boden erbaut, der unstreitig zur Zeit Eigentum der Stadtgemeinde St. ist und der, wie mit aller Sicherheit anzunehmen ist, als Teil des Str. Pragfriedhofs Eigentum der Stadt bleiben wird. Das Kolumbarium wird also gemäß §§ 93, 94 BGB. Eigentum der Stadt. Daß der klagende Verein irgend welche Rechte in betreff des Kolumbariums hat oder erhalten wird, die ihm einen vermögensrechtlichen Nutzen (z. B. eine Einnahme über den Betrag etwaiger Ausgaben für Unterhaltung des Gebäudes u. drgl.) gewähren, ist nicht ersichtlich und nicht anzunehmen, auch von den Beklagten nicht behauptet, deren Sache es gewesen wäre, gegenüber der feststehenden Tatsache, daß das Kolumbarium ins Eigentum der Stadt fällt, darzutun, inwiefern trotzdem der klagende Verein infolge der Erstellung des Kolumbariums vermögensrechtliche Vorteile erlangen wird.

b) Wenn jemand einem andern eine Zuwendung verspricht oder gibt mit der Auflage, daß der andere den gesamten Betrag, den er erhält, ohne Abzug und ohne zeitweiligen Zinsgenuß für einen gemeinnützigen Zweck verwenden soll, dessen Verwirklichung dem Empfänger der Zuwendung keinen vermögensrechtlichen Vorteil gewährt, so ist der andere durch die Zuwendung augenscheinlich nicht bereichert, seine Vermögensverhältnisse sind durch die Zuwendung nicht besser geworden, als sie ohne diese waren; es liegt deshalb in einem solchen Fall keine Schenkung i. S. des § 516 BGB. vor. So verhält es sich z. B., wenn jemand einem Kunstverständigen 20000 M. übergibt mit der Auflage, diese Summe sofort unter begabte und würdige Künstler zu verteilen: der Kunstverständige ist hier durch die Zuwendung nicht bereichert und somit nicht „beschenkt", weil er die Verpflichtung hat, das ihm zu Eigentum übertragene Geld alsbald bei Heller und Pfennig an andere weiter zu übertragen, es wird niemand einfallen, in einem derartigen Fall vom Empfänger der Zuwendung (auch wenn sie nicht zu „wohltätigen" oder „gemeinnützigen" Zwecken i. S. des Art. 27 B 4 des württ. Erbschafts- und Schenkungssteuer-

gesetzes vom 24. März 1881/26. Dezember 1899 erfolgt) die Entrichtung einer Schenkungssteuer zu verlangen. Ebenso liegt die Sache in den — nicht seltenen — Fällen, da einer keine juristische Persönlichkeit darstellenden Vereinigung von Männern oder Frauen, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zusammengetreten sind (einem sog. Komitee) Zuwendungen gemacht oder durch Zeichnung von Beiträgen versprochen werden, z. B. zur Errichtung eines Denkmals, einer Volksküche, zur Erbauung einer Kirche, eines Krematoriums, zur Unterstützung der Abgebrannten einer gewissen Stadt u. drgl.; eine Bereicherung der Sammler, des Komitees, liegt, wenn auch die Beiträge in ihr (fiduziarisches) Eigentum übergehen, sicherlich nicht vor, die Zuwendung an sie stellt daher keine Schenkung i. S. des § 516 BGB. dar. Ob etwa in allen derartigen Fällen oder doch in einzelnen davon zufolge der Verwendung des in die Hände der Sammler geflossenen Geldes dritte Personen „Schenkungen" erhalten, kann dahingestellt bleiben: denn diese Personen (Gemeinden, Anstalten, Unterstützte) erhalten die etwaige Schenkung jedenfalls nicht von den Urhebern der Zuwendungen, mit denen sie in kein Vertragsverhältnis, wie es § 516 BGB. voraussetzt, treten, sondern von den Sammlern, dem Komitee. Uebrigens wird in manchen derartigen Fällen, z. B. wenn eine Gemeinde Eigentümerin eines Denkmals, eines auf ihrem Grund und Boden erstellten Krematoriums oder Kolumbariums wird, fraglich sein, ob sie durch diese Zuwendung „bereichert" wird.

c) Nicht anders als in den angeführten Beispielen liegt die Sache im gegenwärtigen Fall: der klagende Verein soll zwar die 50 000 M. zu Eigentum erhalten, sofern diese ganze Summe zum Bau des Kolumbariums erforderlich ist; sein Eigentum ist aber ein bloß fiduziarisches, er ist verpflichtet, alles was er zufolge der S.schen Zuwendung erhält, für den Bau des Kolumbariums zu verwenden, das ins Eigentum der Stadt fällt und ihm, soviel ersichtlich ist, keinerlei vermögensrechtlichen Nutzen bringt. Eine Bereicherung des

klagenden Vereins liegt somit nicht vor. Diesen Gedanken hat S. selbst in dem Schreiben vom 20. Januar 1904 dahin ausgedrückt: „Soviel ist sicher, daß von dem Moment, daß das Geld aus meinen Händen geht, ein öffentliches ist und öffentlichen Zwecken dient."

Es läßt sich auch nicht sagen, die Zuwendung S.s habe dem klagenden Verein eine Ausgabe erspart: das würde zutreffen, wenn der Verein irgend wem gegenüber verpflichtet gewesen wäre, das Kolumbarium zu erbauen; davon ist aber keine Rede. Vielmehr war der Verein selbstverständlich von vornherein nur gewillt, nach Maßgabe der ihm zufließenden freiwilligen Zuwendungen (vergl. § 8 der Satzung) zum Bau eines Kolumbariums zu schreiten, diesen also zu unterlassen, wenn und solang ihm zu diesem Zweck keine genügenden Mittel zur Verfügung gestellt wurden. Die Ermöglichung der in Aussicht genommenen Verwirklichung eines gemeinnützigen Zwecks aber, dessen Verwirklichung dem Ausführenden keinen vermögensrechtlichen Vorteil bringt, stellt keine Bereicherung dessen dar, dem durch eine entsprechende Zuwendung die Mittel zur Ausführung des Plans verschafft werden, die er nur hiezu verwenden darf.

Hienach liegt in der Zuwendung S.s an den klagenden Verein keine Bereicherung dieses Vereins und somit keine Schenkung i. S. der §§ 516, 518 BGB.

Urteil des I. CS. vom 18. April 1905 i. S. Berg und Gen. g. Verein für Feuerbestattung.

Die Revision der Bekln. gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

19.

Trifft für Amtsverletzungen eines Gerichtsvollziehers bei Vornahme von Pfändungen die Gemeinde (oder den Staat) die Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten.

Diese Frage wurde bejaht in einem Fall, in dem be-

hauptet war, der (verklagte) Gerichtsvollzieher habe bei Vornahme von Pfändungen diese nicht ersichtlich gemacht und diese Pfändungen seien daher mit Recht für ungültig erklärt worden.

Gründe:

Das württ. AGBGB. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob für den Schaden, den ein Gerichtsvollzieher schuldhafterweise dem Gläubiger, für den er tätig geworden ist, durch pflichtwidriges Verfahren bei der vorgenommenen Pfändung zugefügt hat, an Stelle des Gerichtsvollziehers gemäß Art. 204, 202 AGBGB. die Gemeinde (oder der Staat) haftet. Die angeführten Artikel bestimmen vielmehr im genauen Anschluß an Art. 77 EGBGB., die Haftung des Staats (oder der Gemeinde) trete — in allen Fällen ohne Unterschied — ein, wenn „ein Beamter des Staats" (oder der Gemeinde) „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt". Trifft also diese Gesetzesbestimmung bei einer Handlung oder Unterlassung eines Gerichtsvollziehers zu, so haftet die Gemeinde (oder der Staat); trifft sie nicht zu, so greift lediglich die eigene Haftbarkeit des Gerichtsvollziehers Platz.

Die gesetzgebenden Faktoren scheinen allerdings zum Teil von der Ansicht ausgegangen zu sein, auf Verfehlungen von Gerichtsvollziehern finden die Art. 204, 202 AGBGB. keine Anwendung, weil der Gerichtsvollzieher insoweit nicht in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, sondern eben als Vertreter oder Beauftragter des Gläubigers handle[1]).

Aber diese Ansicht ist nicht zum gesetzgeberischen Willen geworden, sie hat in der Fassung des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden; erweist sie sich daher als unrichtig, so sind eben die aus der richtigen Ansicht dem Inhalt des Gesetzes

---

[1]) Vgl. Verhdlgn. d. Kammer d. Abg. 1. Prot.Bd. von 1899 S. 930 und den Kommissionsbericht zum EAGBGB. Beil. 37 vom 12. April 1899 S. 472; Verhdlgn. u. s. w. 6 Prot.Bd. von 1903 S. 3635 ff.

entsprechend sich ergebenden Forderungen zu ziehen [1]).

Der erkennende Senat vermag daher die vom II. CS. dieses OLG. [2]) ausgesprochene Meinung nicht zu teilen: „die gesetzgebenden Faktoren" haben sich „speziell und ausdrücklich für die Auffassung entschieden", in Fällen der damals in Rede stehenden Art hafte die Gemeinde (oder der Staat) nicht für Verfehlungen des Gerichtsvollziehers. Eine solche Entscheidung ist vielmehr nicht getroffen worden; Äußerungen einzelner Kammermitglieder in betreff ihrer Auffassung des Verhältnisses zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger sind für die Auslegung des Gesetzes ohne Bedeutung, auch wenn sie unwidersprochen geblieben sind; eine ausdrückliche Erklärung seitens der Regierung über ihre Auffassung ist weder in der Begründung noch bei Beratung des AGBGB. abgegeben worden, wäre indessen angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes ebenfalls nicht von entscheidender Bedeutung. Übrigens hat auch der — nach dem Ausgeführten richtige — Standpunkt: es komme nach Lage der Gesetzgebung lediglich darauf an, ob in der Tat der Gerichtsvollzieher in den in Frage kommenden Fällen in Ausübung der öffentlichen Gewalt handle, bei den Kammerverhandlungen vom Jahr 1903 in den Ausführungen der Abgeordneten K. Haußmann und Geß Vertretung gefunden.

Im gegenwärtigen Fall ist — wenn man sich betreffs der Frage der Gültigkeit der in Rede stehenden Pfändungen auf den Standpunkt der Klin. stellt — der Tatbestand der mehrerwähnten Art. 202, 204 gegeben. Der Gerichtsvollzieher ist Beamter (ob des Staats oder der Gemeinde, ist zur Zeit nicht zu erörtern); er hat bei den fraglichen Pfändungen nach der Darstellung der Klin. die ihm obliegende Amtspflicht, die Pfändung ersichtlich zu machen (wovon nach § 808 CPO. deren Wirksamkeit abhängt), grobfahrlässig verletzt; diese Amtspflicht lag ihm einem Dritten, der Klin. als

[1]) Vgl. jetzt auch Müller in WürttZ. 47 S. 311—12.
[2]) Vergl. WürttZ. 17 S. 138—139.

der die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigerin, gegenüber ob, denn er war verpflichtet, deren Interessen durch ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Vorgehen zu wahren. Daß ferner der Gerichtsvollzieher bei Vornahme einer Pfändung „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" handelt, ist klar und unbestreitbar. Daß der durch das pflichtwidrige schuldhafte Verhalten des Beamten Geschädigte die Person sein müsse, der gegenüber die Ausübung der öffentlichen Gewalt (der „Zwangsgewalt", des „imperium") stattgefunden habe, sagt und meint das Gesetz nicht (man denke z. B. an eine derart pflichtwidrige Fahrlässigkeit eines Polizeibeamten, dem ein Bestohlener Anzeige von einem bei ihm verübten Diebstahl gemacht hat, daß infolge des Verschuldens dieses Beamten der Dieb mit seiner Beute entkommt, u. dergl.); der betreibende Gläubiger ist endlich in Fällen der vorliegenden Art augenscheinlich „Beteiligter" i. S. der Art. 202, 204.

Es läßt sich nun allerdings sagen: wenn auch im gegenwärtigen Fall der Tatbestand des § 839 BGB. und der Art. 202, 204 AGBGB. vorliege, so sei eben doch zugleich der Tatbestand gegeben, daß ein Beauftragter oder Dienstverpflichteter (§ 675 BGB.) seine Vertragspflichten verletzt habe und deshalb seinem Auftraggeber oder Dienstherrn auf Grund des Vertragsverhältnisses schadensersatzpflichtig sei. Geht man hievon aus und nimmt demgemäß an, es treffe sowohl der Tatbestand des § 839 BGB. vgl. mit den angeführten Art. 202, 204, als auch der des § 675 BGB. zu, so fragt es sich, welche rechtlichen Folgerungen hieraus zu ziehen sind. Darauf kann es nicht ankommen, welchen Haftungsgrund der Kl. im einzelnen Fall geltend macht; er braucht ja die gesetzlichen Bestimmungen, auf die sich sein Anspruch stützt, nicht namhaft zu machen, es genügt, wenn er die seinen Anspruch begründenden Tatsachen geltend macht und es dem Gericht überläßt, zu entscheiden, auf Grund welcher Gesetzesparagraphen diese Tatsachen den erhobenen Anspruch rechtfertigen. (Im gegen-

wärtigen Fall hat übrigens Kl. die Klage auf die Amtspflichtwidrigkeit und auf die Vertragswidrigkeit des Vorgehens des Bekl. gestützt). Als richtig ist vielmehr nur der Standpunkt anzuerkennen, daß gesagt wird: im einzelnen Fall überwiegt das eine Verhältnis — das öffentlich-rechtliche, oder das privat-rechtliche — dergestalt, daß dieses Verhältnis allein maßgebend sein kann, einerlei, welchen Gesichtspunkt die Klage zufällig hervorgekehrt hat.

Allerdings hat nun eine Plenarentscheidung des Reichsgerichts [1]) anläßlich der Erörterung der Frage nach der Art und dem Maß der Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem ihn beauftragenden Gläubiger ausgeführt: der Gerichtsvollzieher sei „zugleich als Vollstreckungsbeamter öffentlicher Beamter und Mandatar der Partei", dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber komme aber von dieser doppelten Eigenschaft die des Beauftragten als maßgebend in Betracht. Diese Entscheidung hat aber den VI. Civilsenat des RG. nicht abgehalten, in einem Fall, in dem ein Gerichtsvollzieher gepfändetes Geld unterschlagen hatte, die Anwendbarkeit des § 839 BGB. und landesrechtlicher Normen, die den Art. 202, 204 des württ. AGBGB. entsprechen, für gerechtfertigt anzusehen, und schon in einer weit früheren Entscheidung hat der IV. Civilsenat des RG. angenommen: Ansprüche der in Rede stehenden Art gegen Gerichtsvollzieher seien (in Preußen) Ansprüche wegen Verschuldens eines Staatsbeamten [2]).

Ob diese Entscheidungen mit der erwähnten Plenarentscheidung des RG. durchaus im Einklang stehen, wie die betreffenden Senate des RG. augenscheinlich angenommen haben, kann auf sich beruhen. Denn für den erkennenden Senat ist jene Plenarentscheidung nicht bindend, und er ist der Ansicht, in einem Fall wie dem vorliegenden sei die Stellung des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsbeamten maßgebend. In dieser Richtung

[1]) RG. 16 nr 99.

[2]) RG. 56 nr 22; 17 nr 80.

kommt folgendes in Betracht. Ein Gerichtsvollzieher kann nicht wohl aus Auftrag oder Dienstvertrag haften, wenn er den betreffenden Auftrag gar nicht angenommen, z. B. das betreffende Schreiben zunächst aus Nachlässigkeit eine Woche lang liegen gelassen und dann, nachdem er es endlich eröffnet, mit dem Bemerken zurückgesandt hat: der Schuldner sei seit 24 Stunden mit all seiner Habe verschwunden; in einem derartigen Fall kann augenscheinlich nur die Haftung des Gerichtsvollziehers wegen Verletzung der Amtspflicht in Frage kommen. Sodann aber: nicht durch einen Vertrag übernimmt der Gerichtsvollzieher die Verpflichtung, eine Pfändung vorschriftsmäßig auszuführen; diese Verpflichtung beruht vielmehr ausschließlich auf dem Gesetz, dem öffentlichen Recht, der Amtspflicht. Man kann der Plenarentscheidung des RG. zugeben, daß, soweit der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers handelt oder gilt, also soweit seine Handlungen oder Unterlassungen als solche des Gläubigers anzusehen sind, das privatrechtliche Verhältnis maßgebend ist; aber beim Akt der Pfändung handelt der Gerichtsvollzieher nicht als Vertreter des Gläubigers [1]), und soweit er nicht als Vertreter des Gläubigers und unabhängig von dessen Weisungen vorzugehen hat, ist die Eigenschaft des Gerichtsvollziehers als Beamten das Entscheidende. Dies gilt unter allen Umständen, wie schon bemerkt, für den Akt der Pfändung: wie diese, um wirksam zu sein, ausgeführt werden muß, bestimmt ausschließlich in einer öffentlich-rechtlichen Norm das Gesetz; die Pfändung kann überhaupt nur von einem Beamten als solchen vorgenommen werden, der Gläubiger kann sie nicht selbst oder durch einen beliebigen Vertreter (Beauftragten, Bediensteten) vornehmen, die Pfändungshandlung des Gerichtsvollziehers steht nicht einer eigenen Pfändungshandlung des Gläubigers gleich, sie erhält vielmehr ihren rechtlichen Charakter ausschließlich durch die Beamten-Eigenschaft des Gerichtsvollziehers. Demgemäß muß eine Ver-

[1]) Vgl. Eccius, Preuß. Pr.R. Bd. 2 § 141 Anm. 12, RG. 16 S. 409.

fehlung des Gerichtsvollziehers (durch Außerachtlassung einer die Wirksamkeit der Pfändung bedingenden Vorschrift) unter den Gesichtspunkt der Verletzung einer dem Gerichtsvollzieher in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflicht und nicht unter den einer Verletzung vertragsmäßiger Pflichten gestellt werden.

Mit Recht hat demnach die Civilkammer angenommen, für den behaupteten Schaden treffe, falls ein Ersatzanspruch der Klin. begründet ist, die Verantwortlichkeit gemäß Art. 202, 204 AGBGB. nicht den Bekln. sondern die Gemeinde (oder den Staat). Die Berufung der Klin. war daher zurückzuweisen.

Urt. des III. CS. vom 20. Febr. 1906 i. S. Sachse g. Kappler.

20.

1. Betriebsunfall i. S. des Haftpflichtgesetzes. 2. Zur Auslegung der §§ 831, 837 BGB.

Der Kl. ist dadurch verletzt worden, daß, als Angestellte der beklagten Straßenbahngesellschaft auf einer noch nicht in Betrieb gesetzten Straßenbahnlinie die Oberleitungsdrähte anbrachten, ein Oberleitungsdraht infolge davon auf den Kl., der mit Reinigen des Trottoirs beschäftigt war, herabfiel, daß der den Oberleitungsdraht haltende Querdraht, der in der Wand eines der Staatseisenbahn gehörigen Hauses befestigt war, ausbrach. Die gegen die Straßenbahn erhobene auf das Haftpflichtgesetz und die §§ 823, 831, 837 BGB. gestützte Klage ist abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der Kl. stützt seinen Anspruch in erster Linie auf das Haftpflichtgesetz. Die Bekl. erachtet die Anwendung dieses Gesetzes deshalb für ausgeschlossen, weil, wie außer Streit, die fragliche Straßenbahnlinie noch nicht im Betriebe

war, sondern erst gebaut wurde, als der behauptete Unfall dem Kl. zustieß. Dies ist zutreffend. Richtiger Ansicht nach kann von einem „bei dem Betrieb einer Eisenbahn" im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes eingetretenen Unfall nur dann die Rede sein, wenn der Betrieb der Eisenbahn eröffnet ist. Das war vorliegend unbestritten nicht der Fall.

Aber auch wenn man annehmen wollte, daß auch schon vor der Inbetriebnahme einer Eisenbahn, solange dieselbe noch im Bau begriffen ist, ein haftpflichtiger Unfall im Sinn des § 1 des Haftpflichtgesetzes möglich sei, so muß für diesen Unfall ebenso wie für einen nach der Betriebseröffnung eingetretenen Unfall erfordert werden, daß er durch die besonderen Gefahren eines solchen Betriebs verursacht ist. An letzterem Merkmal fehlt es aber vorliegend, wie das unbestrittene Vorbringen beider Parteien ergibt. Es ist außer Streit, daß zur Zeit des Unfalls der Leitungsdraht, mit welchem der Kl. in Berührung kam, noch stromlos war; es waren überhaupt die Arbeiten noch nicht soweit gediehen, daß es sich um die Einleitung von Strom hätte handeln können; vielmehr wurde der Leitungsdraht erst gespannt und bei diesen Spannungsarbeiten ist der Leitungsdraht, mit welchem der Kl. in Berührung kam, in welchen er sich verwickelt haben will, sodaß er stürzte, herabgefallen. Ein Unfall beim Spannen eines stromlosen Leitungsdrahts ist nicht verursacht durch die besonderen Gefahren, welche dem Betrieb einer elektrischen Eisenbahn beiwohnen. Beim Spannen von Telegraphen- und Telephondrähten und von Leitungsdrähten zu Zwecken von elektrischem Licht und Kraft in dem Luftraum öffentlicher Straßen kann sich derselbe Unfall ereignen; es ist nicht einzusehen, inwiefern darin, daß die Spannung des Drahts für eine Eisenbahn statt für eine Telegraphen-, Telephon-, Licht- oder Kraftleitung geschieht, eine besondere und zwar nur dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefährlichkeit liegen soll. Auch darin kann eine besondere Gefährlichkeit nicht liegen, daß die für Straßen-

bahnzwecke benützten Drähte etwa stärker und schwerer sind, als die zu anderen Leitungen benützten. Es ist nicht richtig, daß die ersteren Drähte sich von den letzteren in ihrer Stärke und Schwere unterscheiden; wie gerichtsbekannt, werden zu Licht- und Kraftzwecken, aber auch zu Telephonzwecken ebenso starke Drähte wie zu Straßenbahnzwecken und insofern noch schwerere verwendet, als nicht nur einzelne Drähte, sondern ganze Telephonkabel in dem Luftraum von Straßen befestigt werden. Es liegt also in der etwaigen größeren Schwere der zu Straßenbahnzwecken verwendeten Leitungsdrähte und der etwa hiedurch bedingten Befestigungsweise derselben eine dem Straßenbahnbetrieb eigentümliche Gefährlichkeit nicht. Nach dem Bemerkten kann es sich somit bei dem Unfall des Klr.s nicht um einen Betriebsunfall handeln.

Wenn sodann der Kl. seinen Anspruch auf die Bestimmung des BGB. stützt, so ist eine Haftung der Bekln. für den angeblichen Schaden auf Grund der Vorschrift des § 31 BGB. zu verneinen; die Arbeiter der Bekln., welche das Spannen der Drähte besorgten, sind keine verfassungsmäßigen Vertreter der Bekln. gewesen. Anlangend die Bestimmung des § 831 Abs. 1 Satz 1, so soll das bestrittene Vorbringen des Klr.s über den Hergang als erwiesen unterstellt werden, nämlich, daß den Arbeitern der Bekln. insofern eine Fahrlässigkeit zur Last falle, als sie den Querdraht, der nachher herabgefallen ist, in Kenntnis der schlechten Beschaffenheit der Backsteinwand und des Umstandes, daß vorher die Befestigung schon einmal oder mehrere Male ausgebrochen war, trotzdem wieder an derselben Stelle der Wand eingekittet haben, so daß er infolge der schlechten Beschaffenheit der Wand bei dem Anziehen des Leitungsdrahts herabfallen mußte, wobei dann der Kl. seinen Unfall erlitt. Nach diesem Vorbringen wäre also eine auf Fahrlässigkeit beruhende unerlaubte Handlung — Körperverletzung — im Sinne des § 823 Abs. 1 gegeben. Hienach wäre die Bekl. in Anwendung des § 831 Abs. 1 für diese widerrechtliche Schadenszufügung ihrer zu der fraglichen Verrichtung von ihr be-

stellten Arbeiter dann nicht verantwortlich, wenn sie beweist, daß sie bei der Auswahl der Arbeiter und deren Beaufsichtigung — die Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften kommt nach dem Vorbringen des Klrs. nicht in Frage — die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Diese Sorgfalt in der Auswahl der Arbeiter ist als erwiesen anzusehen. Nach den Zeugenaussagen, welche von dem Kl. in ihrer Richtigkeit nicht beanstandet werden, waren bei den Arbeiten, abgesehen von Handlangern, nur Arbeiter beschäftigt, welche schon seit 2 bis 8 Jahren bei der Bekl. beschäftigt sind und zwar speziell bei solchen Oberleitungsarbeiten, und außerdem sind alle diese Arbeiter gelernte Schlosser und Mechaniker. Insbesondere ist derjenige Arbeiter, welcher die Befestigung des Querdrahtes vorgenommen hat, seit dem Jahre 1896 nur mit dieser Arbeitsgattung beschäftigt gewesen und zwar, ohne daß jemals etwas vorgekommen wäre. Die Leitung der Arbeiten und die Aufsicht über die Arbeiter hat nach den Zeugenaussagen der „Oberleitungsrevisor" S. gehabt, der auf der Baugewerkeschule vorgebildet ist, außerdem seit dem Jahre 1895 solche Arbeiten besorgt und früher bei der Karlsruher Straßenbahn tätig war; hierüber liegt ein sehr günstiges Zeugnis der Betriebsdirektion der Karlsruher Straßenbahn vor, auf Grund dessen S. von der Bekl. angestellt worden ist. Auf Grund der Zeugenaussagen steht fest, daß S. ein sehr vorsichtiger Mann ist und daß er seit dem Jahre 1902 die meisten neuen Linien der Bekl. selbständig gebaut hat. Hienach ist nicht bloß die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bei der Auswahl der Arbeiter, sondern auch diejenige bei der Leitung und Beaufsichtigung der Arbeiten als erwiesen anzusehen und es ist insbesondere das Vorbringen des Kls. widerlegt, daß die Bekl. überhaupt versäumt habe, ihre Arbeiter bei der fraglichen Verrichtung zu beaufsichtigen. Wenn sodann in dieser Richtung — mangelnde Aufsicht — der Kl. noch weiter geltend macht, die Bekl. sei verpflichtet gewesen, Warnungsposten während der Ausführung der Arbeiten aufzustellen,

ja sogar die polizeiliche Absperrung der Straße während der Dauer der Arbeiten herbeizuführen, und es liege in der Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregeln ein die Bekl. treffendes Verschulden, so kann es sich hier nach Lage der Sache nicht um ein Verschulden eines verfassungsmäßigen Vertreters handeln; denn nach der Art der fraglichen Arbeiten ist die Beaufsichtigung durch ein solches Organ oder die Erteilung besonderer Anweisungen durch einen verfassungsmäßigen Vertreter nicht als erforderlich zu erachten, sondern es genügt die Aufsichtsführung durch den genannten „Oberleitungsrevisor", welcher auch nach den Zeugenaussagen die Aufsicht damals geführt hat. Wenn also in dem Unterlassen der Aufstellung von Warnungsposten und der Veranlassung der polizeilichen Absperrung der Straße eine fahrlässige Handlung liegen würde, so würde es sich eben um eine solche des von der Bekl. zu der fraglichen Verrichtung zulässiger Weise bestellten Oberleitungsrevisors handeln, welcher nicht als verfassungsmäßiger Vertreter erscheint, und für dessen Verschulden die Bekl. wegen des als geführt zu erachtenden Entschuldigungsbeweises nach § 831 Abs. 1 Satz 2 nicht haftet. Abgesehen hievon sind die fraglichen Arbeiten keine solchen gewesen, daß die Aufstellung eines Warnungspostens oder gar die polizeiliche Absperrung der Straße zur Vermeidung von Beschädigungen der Passanten erforderlich gewesen wäre; es läge also in der Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregeln überhaupt kein Verschulden.

Anlangend endlich noch die Vorschriften der §§ 836 bis 838, auf welche der Klr. in letzter Linie seinen Anspruch stützt, so ist nicht zu bezweifeln, daß die Bekl., sofern sie offenbar mit Erlaubnis der Generaldirektion der Staatseisenbahnen ihren Querdraht an dem dieser Behörde gehörigen Gebäude angebracht hat, damit auf diesem Grundstück ein Werk — den angebrachten Draht — besitzt, für welches sie nach § 837 verantwortlich ist. Nach dieser Vorschrift haftet sie für den Schaden, welcher durch Loslösung eines Teils des Werks oder des ganzen Werks infolge fehlerhafter Errichtung oder

mangelhafter Unterhaltung entsteht. Der Gesichtspunkt der mangelhaften Unterhaltung scheidet nach Lage des Falls aus, da es sich bei der erst einzurichtenden Leitung nicht um eine fehlerhafte Instandhaltung, sondern nur um eine fehlerhafte Errichtung handeln kann. Der Kl. meint zwar, die Bekl. sei zur Unterhaltung der Hauswand verpflichtet gewesen; es ist jedoch diese unwahrscheinliche Behauptung, für welche der Kl. keinen Beweis angetreten hat, nach Lage des Falls unerheblich, da auch, wenn die Bekl. von der Anbringung des Drahts an als Gegenleistung gegen die Gestattung der Anbringung an der Hauswand deren Unterhaltung übernommen hätte, diese Uebernahme doch erst von dem Zeitpunkt der Anbringung des Drahts oder kurz vorher in Kraft getreten sein könnte, bei diesem unter allen Umständen ganz kurzen Zeitraum aber noch nicht tatsächlich von einer Versäumung der Unterhaltung der Wand, d. h. von einer Verletzung der Pflicht zur Ausbesserung von im Laufe der Zeit eingetretenen Schäden gesprochen werden kann. Eine andere Frage ist, ob der Unterhaltungspflichtige als solcher nicht alsbald nach der Uebernahme der Unterhaltung zur Untersuchung des zu unterhaltenden Gegenstandes verpflichtet war. Diese Pflicht fällt jedoch vorliegend zusammen mit der Pflicht zu fehlerfreier Errichtung, sofern der Errichter eines Werks, welches in ein Grundstück oder Gebäude eingefügt wird, vor der Einfügung zur Untersuchung des Gegenstands, in welchen eingefügt werden soll, verpflichtet ist, wenn es sich bei dem einzufügenden Gegenstand um eine Vorrichtung handelt, welche bei nicht ausreichender Befestigung durch Loslösen Schaden verursachen kann. Unbestritten hat nun vorliegend der eingekittete Querdraht ohne Zerstörung der Kittung, welche unbestritten bei der Loslösung noch fest verbunden mit dem Draht war, sich deshalb losgelöst, weil das die Kittung umgebende Backsteingemäuer nicht genügend mit Mörtel verbunden war, so daß dieses Gemäuer beim Anspannen des Leitungsdrahts nachgab. Wenn man nun auch der Bekln. zur Pflicht machen wollte, vor der Einkittung

des Drahts das Mauerwerk auf seine Festigkeit zu untersuchen, so hätte doch eine solche Untersuchung offenbar nur unter Ausbrechen einzelner Backsteine geschehen können, da von außen nicht sichtbar ist, ob das Gemäuer mit genügendem und richtig bereitetem Mörtel verbunden ist, sofern bei Backsteingemäuer die Fugen regelmäßig ausgestrichen sind. Der Kl. behauptet denn auch in dieser Richtung lediglich nichts, was auf eine Erkennbarkeit des Mangels ohne Ausbrechen von Steinen hinwiese. Zum Ausbrechen von Steinen kann aber die Bekl. nicht für verpflichtet erachtet werden; vielmehr durfte sie von einer ordnungsmäßigen Errichtung des Gebäudes ausgehen; nur bei äußerlich sichtbaren, auf das Gegenteil hinweisenden Merkmalen mußte sie diese eingreifende Untersuchung vornehmen.

Wenn man eine fehlerhafte Errichtung, welche die Ablösung des Drahtes und damit einen Schaden verursacht hat, annehmen wollte, so würde doch der Ausschließungsgrund des Satzes 2 zutreffen, nämlich daß die Bekl. als die Besitzerin des Werks zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Diese Sorgfalt ist dann als dargetan zu erachten, wenn der Besitzer die Errichtung hiezu geeigneten Sachverständigen übertragen hatte [1]). Daß aber die von der Bekln. mit der Errichtung beauftragten Angestellten hiezu geeignete Sachverständige waren, steht nach den Zeugenaussagen fest.

Urt. des I. CS. vom 28. April 1905 i. S. Gall g. Stuttgarter Straßenbahnen.

21.

Zur Auslegung des § 375 HGB.

Die Bekl. hatte sich verpflichtet, der Klin. im Lauf des Jahrs 1902 zwanzig Mille Zigarren verschiedener Sorten nach ihrer Wahl abzunehmen. Die Bekl. hat nur 5000 Stück

[1]) Vgl. Rechtspr. OLG. 4 S. 281; Seuff A. 57 Nr. 105; Urteil dieses Senats v. 29. Dez. 1903 i. S. Infanti g. Bleicherei.

abgerufen und bestritten, zur Abnahme der weiteren 15000 Stück verpflichtet zu sein, weil sie inzwischen ihr Geschäft verkauft habe, und vereinbart worden sei, daß sie diesfalls die bestellten Zigarren nicht zu beziehen brauche. Klin. hat nach ihrer Behauptung im Februar 1904 die Bekl. aufgefordert, sich binnen 3 Tagen zu erklären, in welcher Sorte sie die 15 Mille geliefert wünsche, widrigenfalls Klin. selbst die Auswahl treffen werde, worauf Bekl. erwidert habe, sie nehme die Zigarren nicht an. Klin. hat nun Klage erhoben, mit dem Antrag, die Bekl. für schuldig zu erklären, ihr 15000 Zigarren der teuersten in Betracht kommenden Sorte (zum Preis von 48 Mk. für das Tausend) abzunehmen. Das Berufungsgericht hat die Bekl. für schuldig erklärt, der Klin. 15000 Stück der billigsten in Betracht kommenden Sorte (zum Preis von 30 Mk. für das Tausend) abzunehmen.

Aus den

Gründen:

Der Bekln. ist nach dem Kaufvertrag vom 22. Januar 1902 die Wahl zwischen vier Zigarrensorten gelassen. Sie war daher gemäß § 375 HGB. verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen. Dies hat sie vor der Erhebung dieser Klage nicht getan. Klin. will nun von sich aus bestimmen, daß Bekl. die Sorte „Unsere Vorstenlanden" (die teuerste, das Tausend zu 48 Mk.) abnehme. Voraussetzung für die maßgebende Bedeutung der vom Verkäufer getroffenen Bestimmung ist jedoch:

a. daß sich der Käufer mit der Erfüllung seiner Verpflichtung, die Bestimmung zu treffen, im Verzuge befinde. Die Mahnung muß also dahin gegangen sein, daß die Beklagte die Bestimmung zu treffen habe;

b. der Verkäufer muß seinerseits die Bestimmung vornehmen und die getroffene Bestimmung dem Käufer mitteilen. Dies kann mit der zu a. gedachten Mahnung verbunden werden[1].

---

[1]) RG. Band 50 S. 262.

c. der Verkäufer muß zugleich mit der Mitteilung der von ihm getroffenen Bestimmung dem Käufer eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung setzen. HGB. § 375 Abs. 2.

Diesen Erfordernissen hat die Klin. nicht genügt. Sie hat nach ihrer Darstellung zunächst ohne eine eigene Bestimmung zu treffen die Bekl. aufgefordert, die Bestimmung vorzunehmen. Als dann die Bekl. letzteres binnen der ihr gesetzten Frist nicht getan hat, hat die Klin. zwar ihrerseits in der Klagschrift die Bestimmung getroffen, der Bekl. aber keine Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung gesetzt. Wenn das neue Recht „Fristsetzung" vorschreibt, so wird darunter (im Gegensatz zu der im früheren Recht — altes HGB. Art. 356 — vorgeschriebenen „Fristgewährung") die ausdrückliche Erklärung, daß die Frist gesetzt werde, verstanden. So die herrschende Ansicht, die dem Wortlaut des Gesetzes durchaus entspricht[1]). Der entgegengesetzten Ansicht, daß die tatsächliche „Gewährung" der Frist genüge[2]), kann im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes nicht beigepflichtet werden.

Auch damit kann die Klin. nicht durchdringen, daß sie geltend macht, die Bekl. weigere sich ja überhaupt den Vertrag zu erfüllen, es bedürfe daher einer Fristsetzung zur Treffung der Bestimmung i. S. des § 375 HGB. nicht. Mag dieser Gesichtspunkt auch für die Fristsetzung des § 326 BGB. zutreffen[3]), so liegt die Sache im Falle des § 375 Abs. 2 HGB. um deswillen anders, weil es einen guten Sinn hat, wenn ein Käufer erklärt, er halte sich zwar an den Kaufvertrag nicht für gebunden und werde denselben freiwillig nicht erfüllen, für den Fall aber, daß die Gerichte anderer Meinung seien und ihn zur Erfüllung des Kaufvertrags verurteilen sollten, wolle er ein ihm zustehendes Bestimmungsrecht in einer gewissen Weise ausüben. Eine solche eventuelle Er-

[1]) RG. in JW. 1904 S. 92; RG. Bd. 56 S. 231.

[2]) SeuffA. Bd. 59 S. 134.

[3]) RG. Band 52 S. 150, Bd. 53 S. 11, JW. 1903, Beil. S. 139

klärung wäre durchaus bindend. Es ist daher nicht sinnlos, einem die Vertragserfüllung verweigernden Schuldner die Frist i. S. des § 375 Abs. 2 HGB. zu setzen, wie dies bei der Fristsetzung des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. allerdings der Fall ist. Das Vorgehen der Klin. rechtfertigt daher den Anspruch auf Abnahme der von der Klin. gewählten Sorte Zigarren nicht[1]). Das Recht, die nähere Bestimmung der Sorte zu treffen, ist daher nach wie vor der Bekln. verblieben. Bekl. hat diese Bestimmung nunmehr im Lauf des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz dahin getroffen, daß sie die billigste Sorte (Noblezza, zu 30 Mk. das Tausend) wählte.

Urt. des I. CS. vom 28. April 1905 i. S. Schmauder g. Merzbacher.

22.

Umfang des Warenzeichenschutzes, was ist unter „Waren der angemeldeten Art" zu verstehen?

In die Zeichenrolle ist für die Klägerin eingetragen:

1. Am 27. Dezember 1894 infolge Anmeldung vom 2. November 1894 unter Nr. 1412 das Warenzeichen „Neptun" für den Geschäftsbetrieb: „Metallfabrikation" und mit folgendem Warenverzeichnis: „Draht aus Stahl, Eisen, Kupfer, sowie allen anderen Metallen und Legierungen, gezogene und gewalzte Metalle in allen Formen, Drahtseile, Drahtwaren aller Art, Ketten, Kabel und sonstiges Material für elektrische Leitungen aller Art, Gummiwaren aller Art, Hartzink."

2. Am 6. Februar 1896 infolge Anmeldung vom 9. März 1895 unter Nr. 13 606 ein Kombinationszeichen, nämlich das Wortzeichen „Neptun" und ein Bildzeichen, bestehend aus einem Dreizack, für den Geschäftsbetrieb: „Eisen- und Metallwarenfabrikation" und mit folgendem Warenverzeichnis: „Draht aus Aluminium, Magnesium, Nickel, Kobalt, Blei, Zink, Zinn, Platin, Silber, Gold,

[1]) Vgl. auch Staub, Komm. z. HGB. § 375 Anm. 8.

Antimon, Iridium und aus Legierungen dieser Metalle mit einander und mit Kupfer, Eisen, Stahl, Kadmium, Mangan, Strontium, Wismut, Wolfram, wie Messing, Bronze, Phosphorbronze, Siliziumbronze, Aluminiumbronze, Ferrosilizium, Lötzinn, Wolframstahl, Rheotan, Nickelin, Neusilber, Argentan, Tomback u. drgl., ferner diese Metalle und Legierungen in allen Formen gezogen und gewalzt, Ketten, Gummiwaren aller Art."

Für den Beklagten ist infolge Anmeldung vom 5. Mai 1899 eingetragen am 6. Juli 1899 unter Nr. 38800 das Wortzeichen „Neptun" für den Geschäftsbetrieb: „Fabrik chirurgischer, hygienischer und orthopädischer Artikel" mit folgendem Warenverzeichnis: „Bandagen, Leibbinden, Geradehalter, Suspensorien".

Die Löschung dieses letzteren Warenzeichens hat die Klägerin verlangt. Sie hat geltend gemacht, alle im Warenverzeichnis des Beklagten aufgeführten Waren werden aus Gummi hergestellt und seien Gummiwaren. Für Gummiwaren aller Art sei aber der Klägerin schon vor der Eintragung des Beklagten dasselbe Warenzeichen eingetragen, und daher ihr Löschungsanspruch begründet.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 des Warenzeichengesetzes vom 12. Mai 1894 kann im Wege der Prozeßklage die Löschung eines Warenzeichens derjenige verlangen, für welchen das Zeichen auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselben oder für gleichartige Waren in der Zeichenrolle eingetragen steht. Dieser Anspruch auf Löschung ist ein Ausfluß des mit der Eintragung für den Eingetragenen erworbenen ausschließlichen Rechts auf Benützung des eingetragenen Zeichens bei dem Vertrieb von „Waren der angemeldeten Art" (§ 12 Abs. 1). Er hat also nicht das ausschließliche Benützungsrecht und damit auch den Löschungsanspruch, wenn es sich um Verwendung des für ihn eingetragenen Warenzeichens bei Waren handelt, welche nicht

von der „angemeldeten Art" oder diesen nicht gleichartig sind. Es wäre jedoch unrichtig, anzunehmen, daß der Umfang des Schutzes in Ansehung der Waren sich bemesse nach dem Umfang der „Anmeldung". In § 3 Abs. 1 Nr. 2 verb. mit § 2 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes ist bestimmt, daß die Zeichenrolle enthalten solle „die Bezeichnung des Geschäftsbetriebs, in welchem das Zeichen verwendet werden soll, und ein Verzeichnis der Waren, für welche es bestimmt ist". In der Begründung zu § 1[1]) ist gesagt, daß das Zeichen zur Kenntlichmachung der Waren eines bestimmten Geschäftsbetriebs dienen solle; darüber hinaus einen Schutz zu gewähren, liege nicht im Rahmen dieses Gesetzes, und zu § 2 heißt es: innerhalb seines Geschäftsbetriebes die zu kennzeichnenden Waren auszuwählen, solle dem Ermessen des Anmelders überlassen werden; durch das Verlangen, daß bei der Anmeldung ein Verzeichnis der Waren, nicht bloß eine allgemein gehaltene Angabe der Warengattungen von dem Anmelder vorzulegen sei, solle Zweifeln über die Grenzen des durch die Anmeldung begründeten Rechts begegnet werden. Daß aber das Recht nicht schon durch die Anmeldung, sondern erst durch die Eintragung begründet wird und zwar in dem Umfang nicht der Anmeldung, sondern der Eintragung, erhellt sowohl aus der Fassung des § 12 („die Eintragung hat die Wirkung . . . ."), als auch aus der Begründung zu den §§ 2 und 3, wonach durch einen entsprechenden Vermerk in der Zeichenrolle der unlösbare Zusammenhang zwischen dem Zeichen und dem wirtschaftlichen Umfang eines bestimmten Geschäfts dem Publikum gegenüber erkennbar gemacht werden soll, und wonach die Zeichenrolle, um ihren Zweck zu erfüllen, alle für die Beurteilung des Geltungsbereichs eines Zeichens erheblichen Tatsachen enthalten muß. Es kommt also für den Umfang des erlangten Schutzes in Ansehung der Waren auf den Inhalt der Ein-

[1]) Abgedruckt bei Geitel, Die Praxis des Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen.

tragung an[1]) und zwar lediglich auf denjenigen in der Zeichenrolle, nicht aber darauf, ob dann noch vom Patentamt eine Eintragung des Warenzeichens bei bestimmten Klassen des von dieser Behörde geführten Warenverzeichnisses und bei welchen sie erfolgt ist. Diese Eintragung bei einer Waren k l a s s e beruht nicht auf einer Vorschrift des Gesetzes; das Gesetz hat bewußtermaßen[2]) das Klassensystem abgelehnt und statt dessen die Spezialisierung des Geschäftsbetriebs und der Waren, auf welche sich der Schutz beziehen soll, gewählt; die Klasseneinteilung dient lediglich, wie die Begründung a. a. O. sagt, dem Patentamt zur Erleichterung seines Dienstbetriebs und der Informierung der beteiligten Kreise. Ist somit für die Abgrenzung der Waren, für welche der Schutz eines eingetragenen Zeichens besteht, lediglich der Inhalt der Eintragung in der Zeichenrolle, welcher allerdings meist oder in der Hauptsache mit dem Inhalt der Anmeldung übereinstimmen wird, maßgebend, so fragt sich noch, nach welchem Maßstabe sich die Frage der Gleichartigkeit im Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 beurteilt, und hiebei insbesondere, welche Bedeutung die eingetragene Bezeichnung des Geschäftsbetriebs, in welchem das Zeichen verwendet werden soll, im Verhältnis zu dem eingetragenen Warenzeichen hat. In dieser Richtung ist im Hinblick auf die erwähnte Absicht des Gesetzes, den Schutz auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb zu beschränken, davon auszugehen, daß für die Abgrenzung der Waren in erster Linie die Art und Weise des eingetragenen Geschäftsbetriebs und insbesondere dessen Umfang maßgebend ist, wie sich diese Art und Weise und dieser Umfang in Verbindung mit der im Warenverzeichnis enthaltenen Kennzeichnung der dort aufgeführten Waren nach der Auffassung des Handelsverkehrs und des Publikums darstellen. Es wird also eine etwaige allgemeinere Angabe im Warenverzeichnis begrenzt durch den verkehrsüblichen Inhalt des eingetragenen Geschäftsbetriebs

[1]) Vgl. RG. 38, S. 79.

[2]) Vgl. Begründung zu § 2.

in Verbindung mit der ebenfalls nach der Verkehrsauffassung auszulegenden Kennzeichnung der Waren im Warenverzeichnis. Hienach erhält vorliegend die Angabe im Warenverzeichnis bei den beiden der Klägerin eingetragenen Zeichen „Gummiwaren aller Art" ihre Begrenzung durch den eingetragenen Geschäftsbetrieb: „Eisen- und Metallfabrikation". Gekennzeichnet ist nun bei den der Klägerin eingetragenen Zeichen dieser Geschäftsbetrieb als gerichtet auf die Herstellung von Draht aus verschiedenen Metallen, von gezogenen und gewalzten Metallen in allen Formen, von Drahtseilen, Drahtwaren aller Art, Ketten, Kabeln und sonstiger Materialien für elektrische Leitungen aller Art, von Gummiwaren aller Art und von Hartzink. Das Unterscheidende ist also im Hinblick auf die eingetragene Betriebsbezeichnung die Eigenschaft der von der Klägerin hergestellten Waren als Metallwaren bestimmter Art und es kann sich daher der Zeichenschutz nicht wie nach dem Wortlaut auf „Gummiwaren aller Art", sondern nur auf solche Gummiwaren beziehen, welche nach der Verkehrsauffassung innerhalb des gekennzeichneten Betriebs im Hinblick auf die Anfertigung von Metallwaren der gedachten Art hergestellt zu werden pflegen, also auf Gummiteile bei Metallwaren der gedachten Art, z. B. Gummiumhüllungen bei elektrischen Leitungen, Kabeln u. drgl. Zu letzteren Gummiwaren zählen aber nicht die im Warenverzeichnis des Beklagten aufgeführten Bandagen, Leibbinden, Geradehalter und Suspensorien, da diese im Verkehr weder zu den Metallwaren der gedachten Art gerechnet werden noch im Verkehr angenommen wird, daß solche zu Zwecken der Gesundheitspflege dienende Waren im Betrieb einer Draht, gezogenes und gewalztes Metall, Drahtseile, Ketten, Kabeln und elektrische Leitungen aller Art anfertigenden Fabrik hergestellt werden. Ebenso wenig kann es sich um eine Gleichartigkeit handeln. Eine solche würde z. B. dann vorliegen, wenn die Herstellung der den Zwecken der Gesundheitspflege dienenden Bandagen, Leibbinden, Geradehalter und Suspensorien verkehrsüblich ebensowohl aus Metall oder Metalldraht als

aus gewebtem Stoffe ganz oder vorwiegend erfolgen würde, was nicht der Fall ist. Denn für die Frage der Gleichartigkeit ist zwar nicht die Gleichheit der Stoffe, aus denen die Waren bestehen, wohl aber die Gleichheit der Gebrauchsbestimmung entscheidend. Wenn aber jemand eine Eisen- und Metallwarenfabrik betreibt, und hier gezogene und gewalzte Metalle, Draht, Drahtseile, Ketten, Kabel und sonstiges Material zu elektrischen Leitungen herstellt, so ist offensichtlich nach der Verkehrsauffassung die Gebrauchsbestimmung dieser Waren eine andere, als diejenige von Bandagen, Leibbinden, Geradehaltern und Suspensorien.

Ob die Klägerin schon zurzeit der Anmeldung ihrer beiden Zeichen eine vollständig eingerichtete Gummifabrik betrieb, wie sie behauptet, und ob sie insbesondere schon damals Gummiwaren aller Art und so auch solche, welche in dem Warenverzeichnis des Beklagten aufgeführt sind, was übrigens die Klägerin selbst nicht behauptet, hergestellt hat, ist unerheblich. Für die Frage des Umfangs des Schutzes ist wie bemerkt lediglich der Inhalt der Eintragung maßgebend; der Betrieb einer Gummiwarenfabrik ist aber von der Klägerin nicht angemeldet und nicht eingetragen worden. Ebensowenig kommt es nach dem Bemerkten, wonach lediglich der Inhalt der Eintragung in die Zeichenrolle maßgebend ist, darauf an, ob in dem von dem Patentamt geführten Warenverzeichnis die Zeichen beider Parteien u. a. bei der Klasse 22 A „Orthopädische Bandagen" eingetragen sind oder nicht.

Hienach erstreckt sich der der Klägerin zustehende Zeichenschutz nicht auf Bandagen, Leibbinden, Geradehalter und Suspensorien, wie solche zu Zwecken der Gesundheitspflege hergestellt werden. Es ist deshalb der Löschungsanspruch der Klägerin nicht begründet.

Abgesehen von dem Bisherigen ist dieser Anspruch aber auch aus dem von dem Gericht I. Inst. aufgeführten Grunde zurückzuweisen. Auch wenn der Zeichenschutz der Klägerin sich ohne Einschränkung auf Gummiwaren aller Art beziehen

würde, so fallen doch nach der Verkehrsauffassung, wie sich aus den beiden Sachverständigen-Gutachten I. Instanz ergibt, die im Warenverzeichnis des Beklagten aufgeführten Bandagen u. s. w. nicht unter den Begriff „Gummiwaren", da die Herstellung aus Gummi nicht zu ihrem Wesen gehört.

Urteil des I. CS. vom 12. Mai 1905 i. S. Felten u. Guilleaume g. Teufel.

23.

Hindert der Umstand, daß ein Pfändungspfandgläubiger sich im Besitz gepfändeter Sachen befindet, die Uebertragung des Eigentums an diesen Sachen auf einen Dritten?

Diese Frage wurde verneint aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Kläger behauptet, daß ihm gemäß § 771 CPO. an den Gegenständen der von der Beklagten betriebenen Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht, nämlich das Eigentum, zustehe. Er beruft sich auf den zwischen ihm und den W.schen Eheleuten am 30. Mai 1904 abgeschlossenen Vertrag, in welchem die nachher für die Beklagte gepfändeten Gegenstände als Kaufsachen aufgeführt sind und in welchem es heißt, der Käufer überlasse die erworbenen Gegenstände den Verkäufern gegen jährlich 75 M. Mietzins in Miete. Dem Inhalt dieses Vertrags ist die Erklärung zu entnehmen, daß die Vertragsparteien darüber einig seien, das Eigentum der Sachen solle auf den Kläger übergehen. Eine Uebergabe der Sachen an den Erwerber hat nicht stattgefunden. Es kommt hinsichtlich der Frage des Eigentumsübergangs allein in Betracht, ob die Uebergabe gemäß § 930 BGB. dadurch ersetzt worden ist, daß zwischen dem Eigentümer und den Erwerbern ein Rechtsverhältnis vereinbart worden ist, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangte.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die Sachen zurzeit des Vertragsabschlusses für andere Gläubiger noch gepfändet waren, oder ob sie damals oder nachher von diesem Pfandverband freikamen. Denn die Pfändung der Gegenstände bildete kein Hindernis des Eigentumserwerbs.

Die Pfändung im Weg der Zwangsvollstreckung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen in Besitz nimmt. Entfernt er die Sachen aus dem Gewahrsam des Schuldners, so wird dieser mittelbarer Besitzer und ist als solcher in der Lage, die Sachen, unbeschadet der Rechte des Pfandgläubigers, gemäß § 930 BGB. in das Eigentum eines Dritten zu übertragen. Ein innerer Grund, daß dies anders sein soll, wenn der Gerichtsvollzieher die Gegenstände im Gewahrsam des Schuldners beläßt, ist nicht vorhanden und es nötigen auch die Vorschriften des BGB nicht zu dieser Folgerung, die wie der Kläger mit Recht bemerkt, einem Veräußerungsverbot über die Dauer der Pfändung gleichkäme.

Es ist schon nicht unzweifelhaft, wie die Besitzverhältnisse sich regeln, wenn die Pfandsachen in Gewahrsam des Schuldners gelassen werden [1]).

Aber auch wenn davon ausgegangen wird, daß der den Gewahrsam behaltende Schuldner unmittelbarer Besitzer bleibe und Gerichtsvollzieher und Gläubiger mittelbare Besitzer werden, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Eigentümer gemäß § 930 BGB. das Eigentum an einen Dritten übertrage. Es ist nicht unzweifelhaft, ob die Bemerkung bei Planck [2]) diese Möglichkeit verneinen will. Jedenfalls kann es nicht als richtig anerkannt werden, daß der § 868 BGB. neben dem unmittelbaren Besitzer nur einen direkt abgeleiteten mittelbaren Besitz zulasse. Eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts besteht nicht und es ist von dem BGB. die Möglichkeit eines mehrfachen Besitzes an

[1]) Vgl. Petersen-Anger, CPO. Anm. 7 zu § 808, auch RG. 57, 325 ff. andererseits Gaupp-Stein, CPO. IV zu § 808, Planck, Kommentar zum BGB. Bem. 3a α zu § 868.

[2]) Kommentar zu § 871 Satz 1.

derselben Sache bejaht. Regelmäßig wird nur ein den mittelbaren Besitz gemäß § 868 BGB. begründendes Rechtsverhältnis vorliegen. Gerade aber bei dem neben dem Gewahrsam des Schuldners bestehenden Pfändungspfandrecht ist eine Besitzänderung wohl denkbar. Es liegt beispielsweise kein Grund vor, daß der Schuldner gehindert sein sollte, die Verwahrung des Raums, in dem sich die gepfändeten Sachen befinden, während Bestehens der Pfändung einem andern zu übertragen oder den Raum zu vermieten. Auch steht, wenn bei einem Schuldner eine fremde Sache mit Zustimmung des Eigentümers und mittelbaren Besitzers gepfändet wird, dieser mittelbare Besitz dem Erwerb des Pfändungspfandrechts und Besitzes seitens des pfändenden Gläubigers nicht entgegen. Es ist nun nicht abzusehen, warum eben diese Rechtslage nicht auch noch nach der Pfändung sollte eintreten können.

Urt. des I. CS. vom 26. Mai 1905 i. S. Schneider g. Elsas.

24.

Voraussetzungen der Anfechtung von Grundstücksveräußerungen.

Klin. hat auf Grund eines vollstreckbaren Titels (Vollstreckungsbefehls) über 314 Mk. die Veräußerung von Grundstücken ihres Schuldners, des Ehemanns der Bekln., an diese angefochten. Die Klage ist im Berufungsverfahren aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen

abgewiesen worden:

Es ist nicht möglich, daß die Klin. durch Zwangsvollstreckung in die drei Grundstücke, die ihr Schuldner an seine Ehefrau veräußert hat, zu einem auch noch so kleinen Betrage eine Befriedigung für ihre Forderung zu erlangen vermöchte.

Von den drei Wegen, die nach § 866 CPO. für die

Zwangsvollstreckung in ein Grundstück offen stehen, ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für die beizutreibende Forderung im vorliegenden Falle ausgeschlossen, weil die Klin. für ihre Forderung an den Ehemann der Bekln. nur einen Vollstreckungsbefehl besitzt, auf Grund eines solchen aber nach Abs. 3 Satz 1 des § 866 die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht stattfindet.

Auch die Zwangsvollstreckung durch Zwangsversteigerung könnte die Klin. nicht zum Ziel führen. Würde auf ihren Antrag die Zwangsversteigerung angeordnet, so würde nach § 44 Abs. 1 ZVG. bei der Versteigerung nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruch der Klin. vorgehenden Rechte, sowie die aus dem Versteigerungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt würden. Ein geringeres Gebot wäre nach § 71 Abs. 1 zurückzuweisen, das Verfahren nach § 77 Abs. 1 einstweilen einzustellen und, wenn die Versteigerung in einem zweiten Termin gleichfalls ergebnislos bliebe, nach § 77 Abs. 2 aufzuheben. Da bei der Gesamthypothek jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet (§ 1132 BGB.), so betrüge das zulässige geringste Gebot 7000 Mk. nebst den gemäß § 47 ZVG. zu deckenden laufenden Zinsen. Daß ein so hohes Gebot für die zu 2000 Mk. geschätzten Grundstücke zu erwarten sei, ist nicht anzunehmen und von der Klin. auch selbst nicht behauptet. Eine Befriedigung der Klin. aus einer Zwangsversteigerung ist hienach aussichtslos und es ist angesichts der angeführten gesetzlichen Bestimmungen auch unerheblich, daß die Forderungen des Hypothekengläubigers E. erst in einigen Jahren fällig werden. (Nach § 111 ZVG. gilt für die Verteilung des Erlöses aus der Zwangsversteigerung ein betagter Anspruch eines Beteiligten als fällig).

Eine Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung endlich würde ebenso wenig etwas für die Klin. abwerfen. Denn nach § 155, § 10 Nr. 4 ZVG. wären aus den Erträgnissen der in Zwangsverwaltung genommenen Grundstücke die Ansprüche des Hypothekengläubigers E. für laufende Zinsen

vorher zu befriedigen, ehe nach § 10 Nr. 5 die Klägerin etwas bekommen könnte. Daß die zu 2000 Mk. geschätzten Grundstücke aber einen Ertrag in ausreichender Höhe liefern, um davon außer den Kosten der Zwangsverwaltung 4½% Zinsen aus den Hypotheken von 7000 Mk. decken zu können und noch etwas für den betreibenden Gläubiger übrig zu lassen, ist von der Klin. nicht behauptet und kann nach der vorliegenden Schätzung auch nicht angenommen werden.

Vermögen aber die an die Beklagte veräußerten Grundstücke ihres Ehemanns wegen zu hoher Belastung mit Hypotheken unter keinen Umständen ein Befriedigungsmittel für die Klin. zu gewähren, so hat auch die angefochtene Veräußerung der Grundstücke der Klin. keinen Nachteil gebracht und kann die Veräußerung nicht „zum Zwecke der Befriedigung" der Klin. angefochten werden. (§ 3 Ziff. 2 AnfG.) Der erhobene Anfechtungsanspruch der Klin. ist deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) für unbegründet zu erachten.

Urt. des I. CS. vom 28. April 1905 i. S. Ulrich g. Preßburger.

25.

1. Zwangsvollstreckung in Sachen, die im Eigentum des Gläubigers stehen?
2. Rechte dessen, der auf Abzahlung verkauft hat?

Der Klr. hat am 24. November 1900 an den damals in Stuttgart wohnenden Bekln. eine Möbeleinrichtung zum Gesamtpreis von 3081 M. auf Abzahlung verkauft und zwar sollten nach dem schriftlichen Vertrag am Kaufpreis im ersten Jahr jeden Monat 80 M., in den folgenden Jahren bis zur Tilgung der Schuld je 100 M. monatlich bezahlt und diese Beträge vom Klr. „per Wechsel jeweils am 1. eines jeden

[1]) Seuff A. 45 Nr. 95 und RG. 39 S. 93, abweichend mit Unrecht das Oberlandesgericht Oldenburg in Seuff A. 43 Nr. 118.

Monats eingezogen" werden. Der Klr. behielt sich bis zur gänzlichen Abzahlung des Kaufpreises das Eigentum an den Möbeln und für den Fall, daß drei hintereinander folgende Wechsel nicht eingelöst würden, das Recht vor, „sämtliche Möbel ohne alles weitere wieder an sich zu ziehen, ohne von den geleisteten Ratenzahlungen Rückerstattung zu leisten".

Fünf der demzufolge vom Bekln. akzeptierten Wechsel hat der Klr. im Wechselprozeß gegen den Bekln. eingeklagt mit dem Antrag auf Verurteilung des Bekln. zur Zahlung von 512 M. nebst Zinsen:

Der Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt auf Grund folgender unbestrittener Vorgänge.

Der Klr. hatte wegen früher verfallener, für Abzahlungsraten vom Bekln. ausgestellter Wechsel gegen diesen Versäumnisurteile und Kostenfestsetzungsbeschlüsse erwirkt und Zwangsvollstreckung hieraus vornehmen lassen. Hiebei wurden am 17. April 1903 in der Wohnung des Bekln. und am 20. Mai 1903 im Geschäftslokal des Klrs. die von dem letzteren an den Bekln. verkauften Möbel mit Ausnahme weniger Stücke gepfändet; die Versteigerung der Sachen fand am 2. Juni und 6. Juli 1903 statt, bei der ersten Versteigerung hat der Klr. selbst drei Stücke um den Gesamtpreis von 237 M. ersteigert.

Der Bekl. hat nun geltend gemacht, die Pfändung dieser, nach dem Vertrag noch im Eigentum des Klrs. stehenden Gegenstände sei ungültig, die Versteigerung sei unzulässig gewesen; in dem Vorgehen des Klrs. liege daher die Ausübung des Rücktrittsrechts und der Klr. sei nach dem Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte nicht berechtigt, vom Bekln. die Leistung weiterer Abzahlungen zu verlangen. Wolle man in der Versteigerung den Sachen keinen Rücktritt finden, so sei der Klr. zur Erfüllung der Vertragspflicht, dem Bekln. den Besitz der verkauften Gegenstände zu verschaffen, nicht mehr imstande und er habe diesen Umstand zu vertreten; gemäß § 325 BGB. trete daher der Bekl. jetzt vom Vertrag zurück. Auch in diesem Fall habe der Klr. nichts mehr zu

fordern. Endlich enthalte die Handlungsweise des Klrs. eine Umgehung des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte und verstoße daher gegen die guten Sitten. Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt aus folgenden

Gründen:

Auch wenn davon ausgegangen wird, daß der Bekl. die jetzt und früher gegen ihn eingeklagten Wechsel nur zahlungshalber ausgestellt hat und daß dadurch an der Natur des Vertrags vom 24. November 1900 als eines Abzahlungsgeschäfts nichts geändert worden ist, kann der Bekl. aus der früher im Auftrage des Klrs. gegen ihn durchgeführten Zwangsvollstreckung in die gekauften Möbel keine Einwendungen gegen seine Verpflichtung zur Zahlung der noch ausstehenden Kaufpreisraten und der hiefür gegebenen Wechsel ableiten.

Zuzugeben ist zwar dem Bekln., daß durch die beiden Pfändungen vom 17. April und 20. Mai 1903 ein gültiges Pfandrecht des Klrs. nicht begründet wurde, weil die gepfändeten Gegenstände Eigentum des Klrs. waren und ein eigentliches Pfandrecht an der eigenen Sache nicht bestehen kann[1]). Auch kann der Klr. sich nicht darauf berufen, daß er „durch die Pfändung stillschweigend auf den Eigentumsvorbehalt verzichtet" habe und daß deshalb durch die Pfändung ein gültiges Pfandrecht für ihn begründet worden sei. Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers bedeutet, daß das Eigentum an der verkauften Sache trotz deren Uebergabe nicht sofort, sondern erst nach Eintritt einer bestimmten Bedingung (Zahlung des vollen Kaufpreises) auf den Käufer übergehen solle (BGB. § 455). Nun kann allerdings die einem Rechtsgeschäft beigefügte aufschiebende Bedingung nachträglich aufgehoben werden, dies kann jedoch nicht einseitig vom Gläubiger, sondern nur durch Vereinbarung der Parteien geschehen. Selbst wenn im vorliegenden Fall der Klr. mit der gegen den Bekln. betriebenen Zwangsvollstreckung seinen

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, CPO. § 804 Anm. II vor Nr. 2, § 808 Anm. I bei Nr. 2. BGB. §§ 1256. 1257; HGB. §§ 397. 398.

Willen kundgeben wollte, es solle der Uebergang des Eigentums an den verkauften Möbeln nicht mehr von der vollen Zahlung des Kaufpreises abhängig sein, sondern sofort eintreten, so ist nicht dargetan, daß der Bekl. das Vorgehen des Klrs. in diesem Sinn aufgefaßt habe und daß er damit einverstanden gewesen sei; das Gegenteil scheint daraus zu folgen, daß der Bekl. sich gegen die Zwangsvollstreckung sofort mit dem Hinweis darauf beschwert hat, daß der Klr. Eigentümer der gepfändeten Möbel sei.

Konnte aber auch der Klr. ein gültiges Pfandrecht nicht erwerben, so ist doch die Annahme nicht gerechtfertigt, daß die ganze Zwangsvollstreckung unzulässig, gesetzwidrig und unwirksam gewesen sei. Nach § 808 CPO. hat der Gerichtsvollzieher die Zugehörigkeit einer zu pfändenden Sache zum Vermögen des Schuldners nicht zu prüfen, vielmehr soll für ihn allein der Gewahrsam des Schuldners maßgebend sein. Auch fremde Sachen können also von der Zwangsvollstreckung ergriffen werden; macht in solchem Fall der dritte Eigentümer von den ihm zustehenden Rechtsbehelfen (CPO. § 771) nicht mit Erfolg Gebrauch, so kann die Zwangsvollstreckung wirksam durchgeführt werden, und insbesondere hat die Versteigerung der Sachen denselben rechtlichen Erfolg, wie wenn sie Eigentum des Schuldners wären und ein gültiges Pfandrecht des Gläubigers daran bestände: vgl. §§ 1242, 1244 BGB. Von dieser rechtlichen Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache kann auch der Eigentümer selbst Gebrauch machen; daß eine solche Verwertung der eigenen Sache nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften der Rechtsordnung nicht widerstreitet, ergibt sich aus der in § 398 HGB. für den Kommissionär getroffenen Bestimmung.

Da nach § 809 CPO. auch die im Gewahrsam des Gläubigers befindlichen Gegenstände gepfändet werden können, ist auch die Zulässigkeit der zweiten, am 20. Mai 1903 im Geschäftslokal des Klrs. vorgenommenen Pfändung nicht zu beanstanden. Auf welche Weise die Gegenstände in den Ge-

wahrsam des Klrs. gelangt sind, kann dahingestellt bleiben, da der Bekl. nicht etwa geltend macht, daß der Klr. sie auf Grund seines Eigentumsvorbehaltes an sich genommen habe.

Hienach läßt sich nicht sagen, daß der Klr. die an den Bekln. verkauften Möbel diesem widerrechtlich entzogen und daß deshalb die Folge des § 5 des Reichsgesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 ebenso einzutreten habe, wie wenn der Klr. auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die Möbel wieder an sich genommen hätte. Dies trifft auch insoweit nicht zu, als der Klr. selbst bei der Versteigerung einzelne Möbelstücke erworben hat, da er hiezu nach § 816 Abs. 4 CPO., § 1239 Abs. 1 Satz 1 BGB. befugt war.

Ebensowenig ist die Annahme begründet, die vom Klr. ins Werk gesetzte Pfändung und Versteigerung stelle eine Umgehung der Bestimmungen des Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte dar. Dies wäre dann richtig, wenn das Gesetz jede andere Art der Verwirklichung der Kaufpreisforderung, als durch Ausübung des Rücktrittsrechts verbieten, wenn es also bestimmen würde, daß der Verkäufer, falls der Käufer mit Ratenzahlungen im Rückstand bleibt, diese nicht einklagen und keine Zwangsvollstreckung betreiben, sondern nur den Vertrag auflösen und die verkauften Gegenstände wieder an sich nehmen dürfe. Nicht dies aber ist bestimmt, vielmehr will das Gesetz nur verhindern, daß der Verkäufer, w e n n er von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch macht, dies in einer den Käufer schädigenden Weise tue, und es verbietet daher, daß der Verkäufer, der die verkauften Gegenstände wieder an sich zieht, außerdem auch noch Zahlung des gesamten Kaufpreises verlange. Gegen diesen Zweck des Gesetzes hat der Klr. nicht verstoßen, wenn er, ohne von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, für seine Kaufpreisforderung im Wege der Zwangsvollstreckung aus den an den Bekln. verkauften Gegenständen sich Befriedigung verschafft hat. Die hiedurch bewirkte Sachlage ist keineswegs dieselbe, wie wenn der Klr. von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht

und noch Zahlung des Kaufpreises erlangt hätte. Denn der Klr. hat eben die Möbel, soweit sie an dritte Personen versteigert wurden, nicht erhalten, sondern nur den hiebei erzielten Erlös; was aber die vom Klr. selbst ersteigerten Stücke anbelangt, so hat er auch hier keineswegs Ware und Kaufpreis erhalten, da er ja den Versteigerungserlös hiefür bezahlen oder an seiner Kaufpreisforderung abrechnen mußte.

Die Zulässigkeit des Vorgehens des Klrs. ist daher überall nicht zu beanstanden[1]).

Endlich kann der Bekl. auch nicht einwenden, er selbst sei zum Rücktritt vom Kaufvertrage nach § 325 BGB. berechtigt, weil der Klr. sich durch die Pfändung und Versteigerung in die Unmöglichkeit versetzt habe, dem Bekln. die verkauften Gegenstände zu verschaffen. Denn um Unmöglichkeit der Leistung kann es sich nicht handeln, solange nicht dargetan ist, daß die verkauften Möbel nicht mehr vorhanden seien und vom Klr. nicht beschafft werden können. Sodann aber ist die Versteigerung der Möbel kein Umstand, den der Klr. zu vertreten hat, vielmehr war sie vom Bekln. selbst verschuldet, der es durch vertragswidrige Nichtzahlung des Kaufpreises zur Zwangsvollstreckung hat kommen lassen.

Nach dem Ausgeführten ist die Verpflichtung des Bekln. zur völligen Abzahlung des Kaufpreises nicht aufgehoben und der eingeklagte, aus den vorliegenden Wechselurkunden sich ergebende Anspruch des Klrs. begründet.

Urteil des I. CS. vom 5. Mai 1905 i. S. Blesch g. Grünfeld.

26.

Mißbrauch des Rechts i. S. des § 1353 Abs. 2 BGB., wenn der Ehemann, der der Ehefrau in formell ungültiger Weise die Erziehung der Kinder in einer be-

[1]) Vgl. Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts § 11 S. 124 fg.

stimmten Konfession versprochen hat, dieses Versprechen bricht.

Kläger (katholisch) hat gegen die (evangelische) Beklagte Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft erhoben. Die Beklagte hat sich am 25. August 1904 (nicht zum erstenmal) von dem Kläger getrennt. Es haben über die religiöse Erziehung der Kinder wiederholt Streitigkeiten zwischen den Ehegatten stattgefunden und Beklagte hat infolge davon den Kläger in früherer Zeit bereits viermal, in den Jahren 1877, 1878, 1889 und 1899 verlassen. Jedesmal war die Trennung eine Folge des vom Kläger gestellten Verlangens, daß die Kinder katholisch erzogen werden sollten und jedesmal wurde Beklagte dadurch zur Rückkehr bewogen, daß Kläger sein Verlangen fallen ließ. Derselbe hatte vor Eingehung der Ehe in einem Briefe vom 31. Mai 1875 der Beklagten das Versprechen gegeben, daß die Kinder evangelisch erzogen werden sollten, nach den beiden ersten Trennungen wurde das sodann noch durch schriftliche Verträge bestätigt. In dem ersten dieser Verträge, geschlossen zu Balingen, unterschrieben am 17. Februar und 23. Mai 1877, wurde unter Nr. 1 bestimmt, daß die Kinder bis zum 14. Lebensjahr eine evangelische Schule besuchen, unter Nr. 2, daß sie alsdann selbst entscheiden sollten, welchem Bekenntnis sie angehören wollten. In dem zweiten Vertrag, geschlossen zu Besigheim am 7. August 1878 vor sechs Zeugen, darunter einem Gerichtsnotar wurde unter Nr. 1 vereinbart, „daß die Kinder in der evangelischen Religion erzogen werden sollten und hiernach kein Teil berechtigt sei, für die Zukunft zu verlangen, daß eins der Kinder zur katholischen Religion übergehen und darin erzogen werden müsse".

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Der von dem Kläger so genannte „Antrag" oder „Vorschlag", seine Tochter Anna Marie die katholische Töchterschule besuchen zu lassen, war nicht etwa so gemeint, daß

die Beklagte sich darüber aussprechen sollte, ob sie mit dieser Erziehungsmaßregel einverstanden sei und daß die Maßregel unterbleiben sollte, falls sie ihr nicht genehm sei. Es geht vielmehr aus dem Verhalten des Klägers im Rechtsstreit, aus der Berufung auf sein gesetzliches Recht, als Vater die religiöse Erziehung seines Kindes zu bestimmen, und daraus, daß der Kläger mit keinem Wort der Beklagten angeboten hat, es mit dem Schulbesuch des Kindes beim alten belassen zu wollen, mit Sicherheit hervor, daß der Kläger willens ist, sein Kind entgegen dem Willen der Mutter aus der evangelischen in eine katholische Schule zu bringen. Daß er es dabei, wie er versichert, nicht auf Erziehung des Kindes im katholischen Glauben abgesehen habe, ist kaum anzunehmen. Er bringt selbst vor, daß er noch nach Abschluß des im Jahr 1877 in Balingen mit seiner Ehefrau eingegangenen schriftlichen Vertrags entsprechend dem Verlangen von Pfarrer und Eltern bei der Geburt seiner Kinder verlangt habe, es müsse katholische Taufe erfolgen, und beruft sich darauf, daß er seiner Kirche gegenüber verpflichtet sei, die katholische Erziehung seiner Kinder zu verlangen. Wie es sich damit aber auch verhalten möge, so steht jedenfalls so viel fest, daß sein Vorhaben, das Kind in eine katholische Schule zu schicken, mit den wiederholten Versprechungen im Widerspruch steht, die er seiner Ehefrau gemacht hat. Schon vor der Eheschließung hatte er der Beklagten zugesagt, die zu erwartenden Kinder im evangelischen Glauben erziehen zu lassen. In den Verträgen vom 17. Februar / 23. Mai 1877 und 7. August 1878 haben die Parteien dann diese ihre Vereinbarung schriftlich wiederholt und dabei in dem Vertrag von 1877 die Kindererziehung im evangelischen Religionsbekenntnis ausdrücklich dahin erläutert, daß die Kinder nur in einer evangelischen Schule unterrichtet werden sollen, eine Auslegung, die sich übrigens bei der bestehenden Einrichtung der Schulen in Württemberg und den Verhältnissen der Parteien auch ohne ausdrückliche Beredung ergeben hätte.

Nun ist es allerdings richtig, daß alle Vereinbarungen,

die die Parteien über die religiöse Erziehung ihrer Kinder getroffen haben, keine gesetzlich gültigen Verträge gewesen sind. In Ziffer VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 (das nach Art. 134 EGBGB. in Kraft geblieben ist) ist bestimmt, daß Kinder aus gemischten Ehen in der Regel bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Vaters erzogen werden, daß die Ehegatten aber durch Verträge eine nach dem Geschlecht der Kinder geteilte Erziehung oder jede andere Bestimmung festsetzen dürfen, diese Verträge jedoch nur dann gültig sein sollen, „wenn sie vor der Obrigkeit des Gatten abgeschlossen werden". Dieser Formvorschrift genügt keiner der Verträge, die die Parteien abgeschlossen haben. Wenn auch der Vertrag vom 7. August 1878 unter Mitwirkung eines Gerichtsnotars als Zeugen abgeschlossen worden ist, so ist er darum nicht „vor dem Gerichtsnotar" abgeschlossen und auch der Abschluß eines Vertrags vor dem Gerichtsnotar würde den Anforderungen des Religionsedikts nicht entsprechen. Denn unter „Obrigkeit" im Sinne dieses Gesetzes ist ein mit vollziehender Gewalt ausgestatteter Beamter des Staats oder der Gemeinde zu verstehen (WürttZ. 26 S. 73 ff.), ein solcher war aber ein Gerichtsnotar des früheren Rechts nicht, dem nach Art. 6 und 9 des Notariatsges. v. 14. Juni 1843 teils die Eigenschaft eines gemeinderätlichen Hilfsbeamten teils diejenige eines öffentlichen Notars zukam.

Sind hienach die Verträge, die die Parteien über die religiöse Erziehung ihrer Kinder abgeschlossen haben, nichtig, so würden sie allerdings keine öffentlich-rechtliche Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung der evangelischen Erziehung des Kindes der Parteien abgeben können. Eine andere Frage ist es aber, ob die schriftlichen Verträge der Parteien wie die vorangegangenen mündlichen Versprechungen des Klägers nicht gleichwohl in anderer Hinsicht von Erheblichkeit sind. Niemand zweifelt, daß die rechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten mehr nach dem Maßstabe der Sittlichkeit als nach dem Zwang rechtlicher Formen zu bemessen sind. Der Ein-

wand, ein Versprechen brauche nicht gehalten zu werden, weil es nicht in rechtsgültiger Form gegeben sei, greift daher unter Ehegatten nicht unbedingt in jeder Richtung durch, kann vielmehr eine schwere Verletzung der durch die Ehe auferlegten sittlichen Pflichten in sich schließen. So ist es denn auch eine Verkennung seiner Pflichten als Ehemann, wenn der Kläger die Ungültigkeit der von ihm abgeschlossenen Verträge über die religiöse Erziehung seiner Kinder geltend macht und sich darauf beruft, daß er als Vater die Religion seines Kindes ohne Rücksichtnahme auf seine Ehefrau bestimmen dürfe. Nach den vorgelegten Briefen und Vertragsurkunden ist kein Zweifel, daß es der Beklagten jederzeit sowohl während der Ehe als vorher ein ernstliches Anliegen gewesen ist, die Erziehung ihrer Kinder nach evangelischem Bekenntnis gesichert zu wissen, und es hat der Kläger selbst in seinem Briefe vom 31. Mai 1875 der Beklagten die beschwichtigende Versicherung gegeben, daß sein Versprechen, die Kinder nach dem Glaubensbekenntnis der Beklagten erziehen zu lassen, dazu dienen solle, Streitigkeiten zu vermeiden. Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Beklagten durchaus glaubhaft, daß sie ohne dieses Versprechen die Ehe mit dem Kläger nicht eingegangen hätte. Legte aber die Beklagte so entscheidendes Gewicht auf die erhaltene Zusage über die religiöse Erziehung ihrer Kinder, so erschüttert der Kläger mit dem Verlangen, daß sein jüngstes Kind in einer katholischen Schule unterrichtet werden müsse, auf das schwerste den ehelichen Frieden und das Vertrauen, das die Beklagte in ihren Ehemann gesetzt hatte. Ein solcher Wortbruch, der nach den Briefen seines Bruders Johannes zu schließen auch bei der anscheinend strengkatholischen Familie des Klägers keine Billigung gefunden hat, läßt sich nicht mit der Erwägung entschuldigen, daß der Kläger bei seinem Verhalten unter dem Einfluß seiner religiösen Ueberzeugungen steht und den Geboten seiner Kirche zu folgen meint. Sollte der Kläger der Meinung sein, daß in religiösen Dingen eine später gewonnene Einsicht Recht und Pflicht gebe, trotz gegenteiliger

früherer Versprechungen das schließlich für recht und gut Erkannte zu tun, so stünde dem Verlangen einer so weit gehenden Gewissensfreiheit, die selbst eine sittliche Bindung durch ein früher gegebenes Versprechen nicht gelten lassen wollte, der Anspruch auf Gewissensfreiheit entgegen, der nicht minder auch der beklagten Ehefrau zusteht. Auch ihr ist die religiöse Erziehung ihres Kindes Gewissenssache und gegenüber dem kränkenden Vorhalt des Klägers, daß nur eine katholische Schule die Einprägung des vierten Gebots gehörig gewährleiste, hat sie Anspruch, gegen die Gewissensbedrängnis geschützt zu werden, die sie durch das von dem Kläger erlangte Versprechen abzuwenden gedacht hatte. Daß der Gesetzgeber der Einhaltung von Zusagen in religiösen Dingen entscheidende Bedeutung für die rechtlichen Beziehungen unter Ehegatten beimißt, kam bei den Beratungen über das Bürgerliche Gesetzbuch mehrfach zum Ausdruck[1]) und ist nach der Natur der Dinge auch ohne weiteres zu unterstellen[2]).

Der Einwand des Klägers, daß die Beklagte nach der Auseinandersetzung über die religiöse Erziehung des Kindes noch einige Tage friedlich mit ihm zusammengelebt habe, der entstandenen Meinungsverschiedenheit also keine erhebliche Bedeutung beigemessen werden könne, ist nicht stichhaltig. Wenn es auch in den Tagen vom 21. bis 25. August zu keinen Streitigkeiten zwischen den Eheleuten mehr gekommen sei und die Beklagte am 23. August gegenüber der Frau B. den erneuten religiösen Zwist unerwähnt gelassen haben sollte, so ist angesichts der Bedeutung, die dieser Zwist schon zuvor im ehelichen Leben der Parteien gehabt hat, und bei dem Fehlen ausreichender sonstiger Beweggründe doch nicht daran zu zweifeln, daß die Absicht, sich und ihr Kind dem von dem Kläger wieder angefochtenen religiösen Hader zu entziehen, für die Beklagte bestimmend gewesen ist, die häus-

---

[1]) S. Komm. Prot. IV S. 414, Komm. B. d. R. T. S. 205.

[2]) S. Dernburg, FamR. S. 249 Nr. 12.

liche Gemeinschaft mit ihrem Ehemann aufzugeben. Im Hinblick auf das schwere Unrecht, das ihr der Kläger zugefügt, und auf dessen Verharren in diesem Unrecht darf sich die Beklagte mit der von ihr gewählten Maßregel schützen. Der Kläger aber begeht einen Mißbrauch seines ehelichen Rechts, wenn er ungeachtet des von ihm verschuldeten Risses in den ehelichen Beziehungen der Parteien von der Beklagten die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verlangt. Es kann daher unerörtert bleiben, ob der Beklagten der Scheidungsgrund des § 1568 BGB. zur Seite steht, es ist vielmehr die erhobene Klage gemäß § 1353 Abs. 2 Satz 1 des BGB. unter Abänderung des Urteils erster Instanz abzuweisen.

Urteil des I. CS. vom 12. Mai 1905 i. S. Bihl g. Bihl.

Die Revision des Klrs. ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden.

27.

Religiöse Kindererziehung.

Die Parteien hatten eine Urkunde folgenden Inhalts unterzeichnet: „Obengenannte Brautleute versprechen auch vor dem Standesamt W., die aus ihrer Ehe zu erhoffenden Kinder katholisch zu erziehen". (Unterschriften.) „Z. B. Schultheiß und Standesbeamter S.".

Die Klage der Ehefrau, der Bekl. sei schuldig, seinen Sohn G. katholisch zu erziehen und erziehen zu lassen, ist für begründet erklärt worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Während früher in Alt-Württemberg die gesetzliche Bestimmung bestand, daß Kinder aus gemischten Ehen in der evangelischen Konfession zu erziehen seien, stellte das Religionsedikt vom 15. Oktober 1806 in Verbindung mit dem Gesetz vom 15. März 1817 die natürliche Freiheit der Eltern

her, die Religion, in welcher sie ihre Kinder erziehen wollen, selbst zu bestimmen und, sofern sie verschiedener Konfession sind, unter sich darüber Verträge einzugehen.

Das Edikt bestimmt nämlich unter VI: „Die Kinder aus diesen (gemischten) Ehen werden in der Regel bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Vaters erzogen. Es ist jedoch den Eheleuten erlaubt, eine nach dem Geschlecht der Kinder geteilte Erziehung oder jede andere Bestimmung diesfalls festzusetzen. Jene Verträge sind aber nur dann gültig, wenn sie vor der Obrigkeit des Gatten abgeschlossen[1])".

Nach Art. 134 des EGBGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder unberührt; daß die Vorschrift des Religionsedikts einen wesentlich privatrechtlichen Charakter hat, und deshalb Streitigkeiten hierüber, soweit sie zwischen den privatrechtlich Beteiligten geführt werden, von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sind, ist nicht zu beanstanden und von dem Bekl. auch nicht bemängelt.

Es handelt sich hienach in erster Linie um die Frage, ob die von den Parteien am 8. Juni 1892 in W. unterzeichnete Erklärung als ein gültiger Vertrag i. S. des Religionsedikts erscheint, was mit dem Unterrichter zu bejahen ist.

Mit Unrecht bestreitet der Bekl., daß die Parteien am 8. Juni 1892 überhaupt einen Vertrag über die religiöse Erziehung ihrer künftigen Kinder geschlossen haben, und meint, die Urkunde enthalte nur zwei inhaltlich übereinstimmende Versprechen dem Standesamt gegenüber, aber keine gegenseitige Bindung der Parteien. Es ist selbstverständlich, daß der Bekl. das Versprechen nur auf Verlangen der Klägerin gegeben hat, sei es, daß diese es aus eigenem Antrieb oder auf Veranlassung des katholischen Pfarrers verlangt hat. Das Versprechen ist also nicht dem Standesamt, sondern vor dem Standesamt der Klägerin gegeben worden. Da nun

[1]) Vgl. Reyscher, Sammlung Wtt. Gesetze Band IX Nr. 378.

der Beklagte ein solches Versprechen der Klägerin gegeben hat, so wollte er damit dieser gegenüber sich verpflichten, die zu erwartenden Kinder katholisch zu erziehen, und die Klägerin hat eine solche Verpflichtung verlangt. Damit ist aber ein dahin gehender Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen.

Der Beklagte macht weiter geltend, der Vertrag sei aus dem Grund nichtig, weil er den Bestimmungen des Religionsedikts zuwider von den Parteien als Brautleuten und nicht vor der Obrigkeit geschlossen worden sei.

Allerdings geht der Wortlaut des Religionsedikts dahin: „Es ist jedoch den Eheleuten erlaubt, durch Verträge ꝛc. festzusetzen", und Thudichum[1]) leitet daraus ab, daß in Württemberg der Abschluß solcher Verträge durch Brautleute unzulässig sei. Allein er steht mit dieser Ansicht allein. Warum solche Verträge nur erst nach Eingehung der Ehe abgeschlossen werden sollten, ist nicht einzusehen. Sie werden sogar in der Regel vorher geschlossen werden, weil eine Einigung über diese Frage häufig die Voraussetzung für die Eingehung der Ehe überhaupt bildet. Es konnte nicht der Zweck dieses Gesetzes sein, eine bindende Regelung dieser Frage vor der Ehe zu verbieten, um dadurch sofort nach Abschluß der Ehe Anlaß zu Streit zu geben. Dagegen ist der Wortlaut der Bestimmung des Religionsedikts nicht zu verwerten. Der damalige Sprachgebrauch unterschied nicht so scharf zwischen Eheleuten und solchen, die es erst werden wollten, wie denn auch seither von den obersten geistlichen Behörden wie den Gerichten allgemein angenommen wird, daß auch Brautleute zur Eingehung solcher Verträge befugt sind.

Daß der Schultheiß eines Ortes nach der heutigen Organisation als Obrigkeit i. S. des Religionsedikts zu gelten hat, ist auch von dem Beklagten nicht bestritten. Dagegen behauptet er, der Vertrag sei vor dem Standesamt W. geschlossen worden, und das Standesamt sei keine mit voll-

[1]) In seinem Kirchenrecht I S. 57.

ziehender Gewalt ausgestattete weltliche Behörde, keine Obrigkeit. Man kann letztere Frage dahingestellt sein lassen, denn es ist davon auszugehen, daß S. die Erklärung der Parteien als Schultheiß entgegengenommen hat. Allerdings enthält die Urkunde vom 8. Juni 1892 die Worte: „die Brautleute versprechen auch vor dem Standesamt W. ꝛc.“ Allein das Pfarramt S. hatte sein Ersuchen um Herbeiführung dieser Erklärung an das Schultheißenamt gerichtet gehabt, S. hat die Erklärung als Schultheiß und Standesbeamter beurkundet und hat seinerzeit vor dem Schöffengericht C. eidlich bezeugt, daß er die Erklärung nur als Schultheiß entgegengenommen habe. Das Gesetz verlangt nicht die Schriftlichkeit des Vertrags, sondern nur dessen Abschluß vor der Obrigkeit. Der Zweck dieser Vorschrift ist einmal die Sicherung des Beweises für den Fall eines künftigen Streites und sodann eine gewisse Gewähr für die Reife und Ernstlichkeit des Entschlusses, wenn dieser feierlich vor dem Vertreter der Obrigkeit abgegeben wird. Dieser Zweck aber war erreicht, wenn S., wie er bezeugt hat, die Erklärung der Parteien als Schultheiß entgegengenommen hat. Ob in der Urkunde das Standesamt erwähnt ist, ist hienach ohne Belang, denn die Aufnahme einer Urkunde war, wie schon bemerkt, nicht erforderlich, und daß S. als Schultheiß gehandelt hat, wird durch den Inhalt der Urkunde nicht widerlegt.

Steht hienach fest, daß der Vertrag, auf den die Klage gestützt ist, rechtsgültig abgeschlossen worden ist, so ist auf den Einwand des Beklagten, daß dieser Vertrag wieder aufgehoben worden sei, einzugehen.

Es fragt sich, ob die Parteien bezüglich des einen Kindes ohne weiteres von dem Vertrag abgehen und den gesetzlichen Zustand, wonach mangels eines Vertrages die Kinder der Religion des Vaters folgen, herstellen konnten, oder ob hierin eine neue vertragsmäßige Regelung zu erblicken ist, die zu ihrer Gültigkeit wieder vor der Obrigkeit hätte erfolgen müssen[1]).

[1]) Vgl. Dekret des Minist. der geistlichen Angelegenheiten vom 28. Dezember 1810 A Z. 3 Reyscher, Sammlung IX Nr. 465.

Allein die Frage bedarf keiner Entscheidung, denn wenn man auch eine formlose, durch stillschweigende Willenserklärung erfolgte Aufhebung eines derartigen Vertrags als zulässig annimmt, so hat der Beklagte weder den Beweis für diese Behauptung erbracht, noch schlüssigen Bescheid dafür angetreten (wie näher dargelegt wird).

Urteil des II. CS. vom 18. Mai 1905 i. S. Zott g. Zott.

28.

1. Voraussetzungen der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft?
2. Welches Recht ist anzuwenden, wenn nach Trennung der Eheleute der Ehemann für seine Person die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt, die Ehefrau aber die österreichische Staatsangehörigkeit beibehalten hat?
3. Bedeutung einer von einem österreichischen Gericht „über einverständlich gestellten Antrag" der Eheleute bewilligten „Scheidung von Tisch und Bett"?

Die Parteien haben am 24. Mai 1896 zu Wien die Ehe geschlossen, sie waren damals beide katholisch und österreichische Staatsangehörige. Die Eheleute leben getrennt. Mit Beschluß des K. K. Landgerichts in Wien vom 6. Dezember 1902 ist den damals in Wien lebenden Ehegatten „über ihren einverständlich gestellten Antrag die Scheidung von Tisch und Bett bewilligt" worden. Die Rechtskraft dieses Beschlusses ist beurkundet.

Der Klr. hat nun die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und es ist hierüber eine „Naturalisations-Urkunde" der K. Kreisregierung Ludwigsburg vom 2. Dezember 1903 ausgestellt worden. Auch ist der Klr. zur evangelischen Kirche übergetreten und wohnt in Stuttgart. Er hat zunächst den Versuch gemacht, die in Wien ausgesprochene eben erwähnte „Scheidung von Tisch und Bett" nach § 1576 BGB. in eine Scheidung nach deutschem Recht umzuwandeln; nachdem ihm

aber das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit dieser Klage verweigert worden war, hat er auf Grund nunmehriger Bewilligung des Armenrechts Herstellungsklage erhoben.

Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Gründe:

Die Klage ist vom ersten Richter zunächst aus dem Grunde des § 1353 Abs. 2 BGB. abgewiesen, weil das Verlangen des Klrs. als nicht ernstlich gemeint einen Mißbrauch seines Rechtes enthalte.

Der Bestimmung des § 1353 Abs. 2 BGB. über den „Mißbrauch" des Rechtes liegt der Gedanke zu Grund, daß nur eine solche Lebensgemeinschaft verlangt werden darf, wie sie dem Wesen der Ehe entspricht. Dies ist in den Motiven des ersten Entwurfs zu § 1272 und 1273 jetzt 1353 und 1354 ausgesprochen[1]) und in der Rechtsprechung als maßgebend angesehen[2]).

Aus diesen Erwägungen wird ein Herstellungsverlangen abgelehnt, wenn die Ehefrau einer mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbarten Behandlung ausgesetzt wäre oder das Verlangen bei gegenseitigem Einverständnis mit Trennung und Scheidung gestellt wird auf Grund einer Vereinbarung, die mit dem Wesen der Ehe gleichfalls nicht verträglich ist.

Für die Frage, ob ein die Scheidung bezweckendes Herstellungsbegehren dem Wesen der Ehe widerspricht und also einen Mißbrauch des Rechtes darstellt, ist die enge Verbindung des § 1353 BGB. und der Klage aus diesem mit dem Ehescheidungsgrund der böslichen Verlassung, § 1567 Ziff. 1 BGB., von Bedeutung. In § 1567 Ziff. 1 BGB. kommt unter anderem der Gedanke zu wiederholtem Ausdruck, daß dem Wesen der Ehe nach deutscher Rechtsauffassung eine Trennung und Scheidung auf Grund Einverständnisses widerspricht, indem die Erfordernisse aufgestellt sind, daß dem Urteil auf Herstellung „gegen den Willen des andern

[1]) Bd. IV S. 105.

[2]) Zu vgl. RG. Bd. 46 S. 384, Bd. 51 S. 185, auch Bd. 47 S. 385.

Ehegatten" und „in böslicher Absicht" nicht Folge geleistet ist. Auch sprechen es die Motive zum ersten Entwurf § 1443, § 1390 als Zweck und Erfolg dieser Bestimmungen aus, daß die Scheidung auf Grund gegenseitigen Einverständnisses verhindert werde. Nach diesen Motiven [1]) nimmt nun aber das Herstellungsverfahren in diesem Zusammenhang die Stellung einer gerichtlichen Entscheidung über die Frage ein, ob der Widerstand des andern Ehegatten gerechtfertigt ist; es dient zur Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Weigerung und diese Feststellung ist sodann zum Erfordernis der Scheidung nach § 1567 Ziff. 1 BGB. gemacht.

Aus diesem Zusammenhang der Bestimmungen des § 1353 BGB. und des § 1567 Ziff. 1 BGB. ergibt sich, daß das deutsche Recht einerseits die Möglichkeit gewährt, eine tatsächliche Trennung der Ehegatten auf ihre Begründung prüfen zu lassen mit dem Versuch, sie zu beheben, andererseits aber nicht verlangt, daß eine nicht begründete Trennung dauernd ertragen wird oder auch daß überhaupt eine Trennung als dauernde, von der Gestaltung und Prüfung der Verhältnisse in deren weiteren Verlauf unabhängig fortwährende ertragen wird, daß es vielmehr die Scheidung von einem die Gemeinschaft ohne zureichenden Grund verweigernden Ehegatten bewilligt.

Das Wesen der Ehe nach deutschem Rechte ist hienach zunächst einmal nicht die Untrennbarkeit. Diesem Wesen widerspricht zwar eine Scheidung auf Grund Einverständnisses und eine tatsächliche Trennung ohne besondere, diese rechtfertigende Gründe, aber es entspricht ihm eine Gestaltung der Ehe, nach welcher entweder eheliche Lebensgemeinschaft besteht oder zeitweise Unterbrechung dieser auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls, oder, bei dem Fehlen solcher, Herstellung der Gemeinschaft oder Scheidung eintritt. Soweit solche rechtfertigende Gründe für die Unterbrechung nicht vorliegen, entweder H e r st e l l u n g d e r G e m e i n-

[1]) Band IV S. 589 unten, S. 590 oben.

schaft oder Scheidung zu ermöglichen, erscheint als Zweck dieser gesetzlichen Bestimmungen.

Dieser Zweck hat auch in der besonderen Regelung seinen Ausdruck gefunden, welche der sogenannten Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 1575 BGB. mit dem Erfolg zuteil geworden ist, daß nach § 1576 BGB. jeder Ehegatte zur Scheidung übergehen kann. Ebenso bezweckt die Bestimmung des § 1571 Abs. 2 im Verhältnis zu § 1353 Abs. 2 zweiter Fall die Verhinderung einer dem andern Ehegatten aufgezwungenen dauernden Aussetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft ohne Möglichkeit der Scheidung.

Wenn zunächst lediglich vom Standpunkt des deutschen Rechts ausgegangen und die in Oesterreich bewilligte „Scheidung von Tisch und Bett" vorerst außer Betracht gelassen wird, so ist es nach dem Ausgeführten nicht als Mißbrauch des Rechtes, d. h. als ein dem Wesen der Ehe widersprechendes Verlangen aufzufassen, wenn ein Ehegatte, falls ihm die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ohne genügenden Grund verweigert wird, das Recht auf Scheidung verfolgt und in der Absicht, später Scheidung zu begehren, zunächst zur Feststellung der unbegründeten Weigerung des andern Ehegatten die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Wege der Klage verlangt, wenn er auch Herstellung nicht in Aussicht nimmt, zumal wenn er sie deshalb nicht in Aussicht nimmt, weil der andere Ehegatte seine fortdauernde Weigerung bestimmt ausgesprochen hat. Der klagende Ehegatte verfolgt damit nach dem ausgeführten Zusammenhang der Bestimmungen sein Recht, durch Feststellung der unbegründeten Weigerung zur Scheidung zu gelangen[1]).

Es kann auch in diesem Fall durch anderweitige besondere Umstände, die zu dieser Sachlage hinzutreten, ein Mißbrauch des Rechtes gegeben sein, so z. B. wenn Umstände vorliegen, die eine unwürdige Behandlung der etwa zurückkehrenden Ehefrau annehmen lassen. Aber durch die bezeichnete Sachlage allein ist ein Mißbrauch nicht gegeben.

[1]) Zu vgl. auch WürttJ. Bd. 14 S. 55.

Die Verhältnisse des vorliegenden Falles ergeben diese geschilderte Sachlage. (Dies wird im einzelnen ausgeführt; sodann fahren die Gründe fort:)

Was nun die Frage der Anwendung des Oesterreichischen Rechtes für die Ehefrau oder der maßgebenden Bedeutung wenigstens des Beschlusses vom 6. Dezember 1902 für die Beziehungen der Ehegatten betrifft, so ist zunächst die behauptete Eigenschaft der beklagten Ehefrau als einer österreichischen Staatsangehörigen zu prüfen, auf welcher der erste Richter die Klagabweisung weiterhin selbständig gründet.

Der Ehemann hat nach der Naturalisationsurkunde am 2. Dezember 1903 die württembergische Staatsangehörigkeit und damit die deutsche Reichsangehörigkeit erworben. Durch gedruckten Inhalt der Urkunde ist bestimmt: „jedoch nur für die darin ausdrücklich genannten Personen" und genannt ist nur E. H., welcher als „geschieden" bezeichnet ist. „Die Verleihung der Staatsangehörigkeit erstreckt sich" nun zwar nach § 11 des RGes. über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit u. s. w. vom 1. Juni 1870 der insoweit durch Art. 41 I EGBGB. wiederholt wird, „insofern nicht dabei eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau" und die Ehefrau ist wenigstens ausdrücklich nicht ausgenommen, vielmehr als nicht vorhanden angenommen durch die Bezeichnung „geschieden". Aber eine mit ausdrücklicher Bezeichnung der Person gemachte Ausnahme verlangt § 11 nicht und es ist nach der angeführten gedruckten Bestimmung der Naturalisationsurkunde („jedoch nur" u. s. w.) und nach dem Worte „geschieden", sowie nach den Umständen anzunehmen, daß gemäß dem übereinstimmenden Willen der Behörde und des G. die Ehefrau nicht in die württembergische Staatsangehörigkeit aufgenommen sein sollte und es ist ferner anzunehmen, daß dies in den angeführten Worten der Naturalisationsurkunde zu genügendem Ausdruck gekommen ist. Die beklagte Ehefrau ist hienach Oesterreicherin geblieben[1]). Dies

[1]) Zu vgl. Cahn, Kommentar des genannten Ges. zu § 19 Anm. 1.

kann übrigens dahingestellt bleiben, da für den Fall des Erwerbs der deutschen Reichsangehörigkeit auch durch die Ehefrau die deutschen Gesetze um so mehr zur Anwendung kommen müßten mit dem bereits ausgeführten und noch auszuführenden Ergebnis.

Ist jedoch, wie im weiteren geschieht, die Ehefrau als österreichische Staatsangehörige zu behandeln, so sind im vorliegenden Fall persönliche Rechtsbeziehungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 EGBGB.[1]) von Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit in Frage, wie in Art. 14 Abs. 2 EGBGB. für einen anders gestalteten Fall vorgesehen. Eine ausdrückliche Vorschrift darüber, welches Recht in einem Fall, wie dem vorliegenden, zur Anwendung zu kommen hat, enthält das EGBGB. nicht. Nach den allgemeinen Grundsätzen für die Regelung dieser Fragen im EGBGB. wäre[2]) davon auszugehen, daß für jeden Ehegatten das Recht seines Staates gelten würde und also die Ehefrau gemäß der ihr nach österreichischem Recht ohne Zweifel auf Grund des Beschlusses vom 6. Dezember 1902 zustehenden Befugnis die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern könnte[3]). Allein diese Verschiedenheit der Behandlung muß nach dem in Art. 17 EGBGB. zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzes aufhören, sobald das Recht der Scheidung in Frage kommt. Für die Scheidung sind die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann zurzeit der Erhebung der (Scheidungs-)Klage angehört, Art. 17 EGBGB. Der enge Zusammenhang, der, wie ausgeführt, zwischen dem Recht der Scheidung aus § 1567 Ziff. 1 BGB. und der Herstellungsklage des § 1353 BGB. besteht, erfordert

---

[1]) Zu vgl. RG. Bd. 46 S. 384 oben.

[2]) Wie Planck zu Art. 14 EG. schließlich anführt und Niemeyer internat. Privatrecht des BGB. S. 37 oben S. 38 unten ausführt.

[3]) So im Ergebnis Planck, BGB. zu Art. 14 EG., Niedner, EGBGB. zu Art. 14 S. 39, während Niemeyer bei den persönlichen Beziehungen des Art. 14 für staatsbürgerlich gemischte Ehen das Recht des Ehemanns als maßgebend ansieht S. 142, 143 insbes. S. 144.

nun, daß auch für § 1353 derselbe Grundsatz gilt, mindestens soweit es sich um das oben erwähnte, von § 1567 BGB. verlangte Feststellungserfordernis handelt. Dem Ehemann, dem als Deutschem das Recht der Scheidung nach § 1567 Ziff. 1 BGB. gegeben ist, muß auch das Recht gewährt werden, die nach § 1567 erforderliche Voraussetzung, das Feststellungsverfahren nach § 1353 BGB., gemäß dem deutschen Rechte bei Vorhandensein der tatsächlichen Grundlagen, die dieses Recht aufstellt, durchzuführen. Wenn dem Ehemann der Scheidungsgrund des § 1567 BGB. zugänglich sein soll, so muß ihm zuvor die Möglichkeit gewährt werden, die gerichtliche Feststellung über die unbegründete Weigerung der Ehefrau durch Erwirkung eines Herstellungsurteils nach deutschem Recht herbeizuführen.

Es muß also für diese persönlichen Rechtsbeziehungen der beiden Ehegatten das deutsche Recht als das Recht des Ehemanns maßgebend sein, wobei noch vorbehalten bleibt, ob nicht auch nach deutschem Recht der in Oesterreich gültig zustande gekommene Beschluß über Scheidung von Tisch und Bett einen zureichenden Einwand gegen die Herstellungsklage bildet.

Auch eine weitere Erwägung ergibt den Ausschluß einer Anwendung des österreichischen Rechtes. Wie oben bemerkt, kennt das deutsche Recht keine dauernde Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die nicht gemäß § 1576 BGB. jederzeit in Scheidung verwandelt werden könnte, und keine ohne Rücksicht auf das weitere Verhalten der Ehegatten dem einen verliehene dauernde Berechtigung, die eheliche Gemeinschaft zu verweigern, vielmehr muß es nach dem oben Ausgeführten als Zweck der deutschen Gesetze bezeichnet werden, den Ehegatten nur bei besonderen auf die jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalls gestützten Gründen eine vorübergehende Verweigerung der Herstellung, im übrigen aber die Möglichkeit zu gewähren, entweder Herstellung der ehelichen Gemeinschaft oder Scheidung zu erlangen. Insofern widerspricht ein Recht und Gesetz, das dauernd und in der angeführten

und noch später auszuführenden Weise unveränderlich, wie das österreichische Recht in dieser Beziehung, sowohl die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als auch eine eigentliche Scheidung versagt, dem Zwecke deutscher Gesetze und die Anwendung ist nach Art. 30 EGBGB. ausgeschlossen.

Was nun im einzelnen die Bedeutung des Beschlusses des K. K. Landgerichts Wien vom 6. Dezember 1902 betrifft, so ist in dem Beschluß selbst auf § 105 des österreichischen ABGB. Bezug genommen und § 103 ABGB. bestimmt: „die Scheidung von Tisch und Bett muß den Ehegatten, wenn sich beide dazu verstehen und über die Bedingungen einig sind, von dem Gerichte unter der nachfolgenden Vorsicht gestattet werden". Es folgen: § 104, als Erfordernis, Vorstellungen durch den Pfarrer, § 105, Vorweisen eines Zeugnisses darüber, Vorrufen bei Gericht und auf dieshin erfolgt „ohne weitere Erforschung" Bewilligung der Scheidung durch das Gericht. §§ 107 ff. behandeln sodann die Scheidung ohne Einverständnis aus wichtigen Gründen des § 109 (Ehebruch u. s. w.), eine Scheidung auf Grund Erkenntnisses, aber gleichfalls eine Scheidung von Tisch und Bett bei Fortbestand der Ehe dem Bande nach. Eine „gänzliche Trennung" mit Trennung des Bandes § 111 ABGB. erfolgt zwischen katholischen Personen und wenn auch nur ein Teil zurzeit der Eheschließung katholisch war, nur durch Tod oder bei Todeserklärung, bei nicht katholischen Christen ist sie möglich (§ 115) und es ist bei solchen möglich, die Scheidung von Tisch und Bett in eine gänzliche Trennung überzuführen. (Für den Kläger bliebe dies jedoch auch nach seinem Uebertritt gemäß dem österreichischen Rechte unmöglich.)

Ihrem sachlichen Bestande nach ist die vorliegende „Scheidung" der Parteien „von Tisch und Bett" also ein Vertrag der Ehegatten, dessen Gültigkeit an das Formerfordernis der pfarramtlichen Verwarnung, des Vorbringens bei Gericht und eines Gerichtsbeschlusses ge-

knüpft ist, wobei aber der bewilligende Gerichtsbeschluß lediglich das Vorhandensein der übrigen Formerfordernisse zu prüfen und selbst ein solches abzugeben hat ohne ein sachliche Beurteilung zu enthalten. Es handelt sich um gerichtliche Formalbestätigung eines Vertrages nach Art des früheren gemeinderätlichen Erkenntnisses des Württ. Rechtes bei Liegenschaftskaufverträgen. Eigentlich aber liegt eine vertragsmäßige Scheidung und zwar eine dauernde Trennung im Sinn des deutschen Rechts vor [1]).

Solche Verträge erkennt das deutsche Recht als dem Wesen der Ehe nach seiner Auffassung zuwiderlaufend nicht an und hier treten wiederum die österreichischen Gesetze, die einen solchen Vertrag zulassen und ihm Geltung verschaffen, in Widerspruch mit den deutschen Gesetzen und ihrem Zwecke. Die deutschen Gesetze bezwecken, wie oben ausgeführt, eben die Verhinderung einer vertragsmäßigen Trennung und zwar der vertragsmäßigen eigentlichen Scheidung, aber auch des Gebundenseins an ein dauerndes Getrenntleben ohne Scheidung. Auch aus diesem Grunde, wegen der Vertragsmäßigkeit der Trennung, können also die österreichischen Gesetze gemäß Art. 30 EGBGB. nicht zur Anwendung kommen.

Dieser Gegensatz hat aber auch Einfluß auf die Bedeutung des Beschlusses vom 6. Dezember 1902 selbst, wie sie auch bei Anwendung des deutschen Rechtes in Frage kommt. Ein solcher Vorgang zumal der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der nach fremdem, aber damals maßgebendem Recht gültig für die Parteien zustande gekommen ist, behält im allgemeinen seine sachliche Bedeutung für die Parteien nach Art einer materiellen Rechtskraft, wie die Eheschließung der Parteien selbst, die in Oesterreich erfolgt ist, und wie auch eine nach ausländischem Recht gültig zustande gekommene Ehescheidung der streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne „gänzlicher

[1]) Auch zeitliche ist nach österr. Recht möglich, aber immerwährende die Regel und liegt hier vor, zu vgl. Kirchstetter, Kommentar ABGB. S. 89.

Trennung" Bedeutung behalten müßte (übrigens nach Maßgabe des § 328 Ziff. 3 CPO; vgl. § 723 CPO. zunächst für die formale Bedeutung).

Im vorliegenden Falle aber liegt die Sache anders, weil es sich um die sachliche Geltung eines Vertrags handelt, dessen bindende Kraft das deutsche Recht als nicht vereinbar mit dem Wesen der Ehe ansieht, wie ausgeführt. Die Geltung eines solchen Vertrags können die deutschen Gesetze nicht anerkennen, ebensowenig als sie nach dem früher Ausgeführten die Gesetze zur Anwendung gelangen lassen können, die einem solchen Vertrag Grundlage und Geltung verschaffen.

Das internationale Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze u. s. w. auf dem Gebiet der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett vom 12. Juni 1902 (Reichsgesetzblatt 1904 S. 231 ff.) hat bis jetzt im Verhältnis zu Oesterreich noch keine Gültigkeit RGBl. 1904 S. 249, da auch inzwischen eine Beitrittserklärung Oesterreichs nicht veröffentlicht ist. Aber wenn eine solche auch wirksam geworden wäre, so würde die Anwendung des österreichischen Rechts oder die maßgebende Bedeutung der hier vorliegenden Scheidung dadurch nicht gegeben sein, da Art. 7 dieses Abkommens vermöge seiner Bezugnahme auf Art. 5 eine Klage auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett (letztere die österreichische „Scheidung von Tisch und Bett") und eine darüber ergangene Entscheidung voraussetzt und nicht diese vertragsmäßige Scheidung betrifft.

Hienach bleibt es dabei, daß der Klage des Ehemanns aus § 1353 Abs. 1 BGB. keine begründete Einwendung der Ehefrau entgegensteht und die Ehefrau die häusliche Gemeinschaft herzustellen hat.

Urteil des I. CS. vom 31. März 1905 i. S. Hecht g. Hecht.

29.

Unterhaltspflicht des Vaters der Frau eines vermögenslosen Ehemanns (§§ 1607, 1608 BGB.)?

Bekl. ist seit dem Jahr 1900 mit der Tochter des Klrs. verheiratet. Er hat nur sein Handwerkszeug, seine Frau dagegen eine Aussteuer und Bargeld im Gesamtbetrag von 2600 M. in die Ehe gebracht. Die Frau wurde im Juni 1904 leidend und ist seither im St.er Bürgerhospital untergebracht. Die Kosten für Unterhalt und Pflege dort hat bisher Klr. bezahlt. Mit der Klage hat er sie aber vom Bekl. ersetzt verlangt. Zur Begründung hat er im Berufungsverfahren ausgeführt: mit Unrecht nehme die Civilkammer an, wenn der Bekl. unfähig geworden sei, seiner Frau Unterhalt zu gewähren, so sei damit seine Unterhaltspflicht weggefallen, er somit auch nicht verpflichtet, dem Klr. dessen Aufwendungen zu ersetzen. Dabei habe die Civilkammer die Bestimmung des § 1608 Abs. 1 Satz 3 BGB. übersehen, wo § 1607 Abs. 2, also auch dessen Satz 2, für entsprechend anwendbar erklärt sei[1]). Darnach habe Klr. gegen den Bekl. einen Regreßanspruch wegen der Beträge, die er für den Unterhalt der Frau des Bekl. aufgewendet habe.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die vom Klr. vertretene, auf Neumann a. a. O. gestützte Rechtsauffassung ist nicht zutreffend. Sie widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes.

Nach § 1608 Abs. 1 Satz 2 BGB. haftet der Verwandte des Bedürftigen vor dessen Ehegatten, soweit dieser bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Weiterhin sollen nach Satz 3 das.

[1]) Zu vgl. Neumann, Handausgabe des BGB. § 1608 Anm. 2.

die Vorschriften des § 1607 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden. Daß diese Anwendung eine entsprechende sein soll, erklärt sich daraus, daß § 1607 nur von dem Verhältnis von Verwandten zu Verwandten, nicht zu Ehegatten handelt. Der angeführte Abs. 2 des § 1607 selbst aber behandelt nur den Fall, daß die Rechtsverfolgung gegen den in erster Linie verpflichteten Verwandten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Der Anspruch gegen eine solchen Verwandten soll auf den andern Verwandten, der den Unterhalt gewährt hat, übergehen, nicht aber auch der Anspruch gegen einen Verwandten, der auf Grund des Abs. 1 von § 1607 nicht unterhaltspflichtig ist, d. h. deshalb nicht, weil er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Dies ergibt sich neben Wortlaut und Stellung der Bestimmung des § 1607 Abs. 2 Satz 2, auch noch aus einem inneren Grunde: da der in Abs. 1 des § 1607 genannte Verwandte nicht unterhalts*pflichtig* ist, so kann auch kein Anspruch gegen ihn entstehen, also auch nicht auf einen Dritten übergehen. Ein Uebergang des Anspruchs kann vielmehr nur gegenüber solchen Verwandten in Frage kommen, deren Verfolgung ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist.

Nur auf solche Verwandte kann daher auch die Bestimmung des § 1608 Abs. 1 Satz 3 sich beziehen [1]).

Daß aber Bekl. wegen Leistungsunfähigkeit seiner Ehefrau den Unterhalt im Spital nicht gewähren kann, hat nach des Klrs. eigener Darstellung das Urteil I. Instanz mit Recht angenommen.

Urteil des I. CS. vom 24. März 1905 i. S. Ferber g. Gloß.

---

[1]) Die hier vertretene Ansicht wird geteilt von Dernburg, Dtschs. Familienrecht § 69 V u. VI. Planck, Komm. z. BGB. § 1608 Anm. 2.

30.

Schadensersatzpflicht eines Vormunds für die Folgen einer ohne seine Einwilligung erfolgten Veräußerung von Vermögensstücken der Mündel?

Der Vater der Kläger, der gewesene Oberamtspfleger R. in O., der im Frühjahr 1894 freiwillig in den Tod gegangen ist, hatte eine Anzahl von Kapitalversicherungen auf den Namen seiner Kinder abgeschlossen. Nach seinem Tode stellte es sich heraus, daß er zum Nachteil der Amtskörperschaft O. Unterschlagungen verübt hatte, deren Betrag auf 28661 M. 99 Pf. beziffert wurde. Seine Witwe und die aus ihrer Ehe mit ihm hervorgegangenen 6 minderjährigen Kinder traten deshalb die Erbschaft nur mit der Rechtswohltat des Inventars an und es wurde ein Erbschaftsauseinandersetzungsverfahren gemäß Art. 9 des Württ. AGKO. eingeleitet. Von dem Gemeinderat O. wurde am 15. Mai 1894 der Gemeinderat L. K. in O. als Masseverwalter und am 29. Mai 1894 der Verwaltungsaktuar M. daselbst als Pfleger der R.schen Kinder bestellt und verpflichtet. In diesem Verfahren wurden nun die auf den Namen der Kinder lautenden Versicherungsansprüche zur Nachlaßmasse ihres Vaters gezogen und auf Anordnung der Teilungsbehörde am 29. Oktober 1894 zur öffentlichen Versteigerung gebracht, wobei sie von der Amtskörperschaft O. ersteigert wurden. Mit Schreiben vom gleichen Tage erklärte der Pfleger M. der Vormundschaftsbehörde, daß er die Stelle eines Pflegers niederlege, worauf der Gemeinderat O. mit Beschluß vom 28. November 1894 seinem Gesuch um Entbindung von der Pflegschaft entsprach und an seiner Stelle den Rechtsanwalt G. in O. zum Pfleger der R.schen Kinder bestellte. Am 5. Dezember 1894 wurde dieser neue Pfleger verpflichtet. Auf 1. Januar 1895 wurde darauf die Verweisung gefertigt, auf Grund deren die Teilungsbehörde mit Beschluß vom 7. Februar 1895 dem

Masseverwalter Zahlungsanweisung erteilte. In dieser Verweisung sind die von der Amtskörperschaft für die von ihr ersteigerten Versicherungsansprüche gebotenen Kaufpreise mit den Ersatzansprüchen der Amtskörperschaft für die verübten Unterschlagungen verrechnet. (Mit dem Betrag von 8770 M. 60 Pf. blieb die Amtskörperschaft unbefriedigt.) Auf Grund der Versicherungsurkunden, die der Masseverwalter infolge der Versteigerung der Amtskörperschaft übergeben hatte, hat diese darauf (wie unter den Parteien unbestritten ist) je am Verfalltag die Versicherungssummen bei den betreffenden Versicherungsgesellschaften eingezogen.

Die Kläger haben nun behauptet, die von ihrem verstorbenen Vater auf ihren Namen erworbenen Versicherungsrechte seien ihnen, wenn nicht sofort, so jedenfalls mit dessen Tod zu eigener freier Verfügung zugefallen, der Masseverwalter habe die Versicherungsurkunden und die Versicherungskapitalien mit Unrecht zur Nachlaßmasse ihres Vaters gezogen und ihr Pfleger M. habe es pflichtwidriger Weise unterlassen, ihre Interessen zu wahren, und sie dadurch, daß er die Versteigerung der Forderungen an die Amtskörperschaft O. habe geschehen lassen, um den damaligen Wert der Versicherungen gebracht. Die Schadensersatzklage gegen die Erben des Pflegers M. ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Die Meinung der Kläger, die Veräußerung der auf ihren Namen lautenden Versicherungsurkunden und der darin beurkundeten Versicherungsansprüche durch den Masseverwalter habe den Verlust ihrer Ansprüche an die Versicherungsanstalten herbeigeführt, beruht auf einem offenbaren Irrtum. Die Veräußerung war ohne Einwilligung des Pflegers in der Annahme erfolgt, daß die Versicherungsrechte der Nachlaßmasse zustehen. War diese Annahme falsch und standen die Rechte den in den Versicherungsurkunden genannten Versicherten zu, so konnte der Masseverwalter Rechte, die nicht zu der von ihm verwalteten Masse gehörten, nicht an andere

übertragen. Die Versicherten konnten also, wenn auch die Amtskörperschaft in gutem Glauben und gegen Entgelt ihre Forderungsrechte ersteigert hatte, durch Feststellungsklagen gegen die Amtskörperschaft und die Versicherungsanstalten nach wie vor ihre Ansprüche geltend machen. Hätte es sich dabei um gewöhnliche Forderungsrechte gehandelt, so wären die Forderungen der wahren Gläubiger nicht einmal dadurch untergegangen, daß die Schuldner an die Amtskörperschaft zahlten. Da es sich aber um Versicherungsansprüche handelte, bei denen sich die Versicherungsanstalten satzungsgemäß durch Leistung an den Vorzeiger der Versicherungsurkunde befreien konnten, so war mit Auszahlung der Versicherungssummen an den Inhaber der Versicherungsurkunden der Anspruch der Kläger gegen die Versicherungsanstalten verloren gegangen. Es kann hienach keine Rede davon sein, daß der frühere Pfleger der Kläger, der Erblasser der Beklagten, indem er den Masseverwalter gewähren ließ, den Verlust der Versicherungsansprüche der Kläger herbeigeführt hat. Diese Ansprüche waren zurzeit, als er von der Pflegschaft enthoben wurde, noch nicht verloren gegangen und konnten ebensowohl von seinem Nachfolger in der Pflegschaft, dem Rechtsanwalt G., und insoweit, als die Versicherungsbeträge erst nach dem 31. Dezember 1899 fällig wurden, von der Mutter der Kläger geltend gemacht werden, welche vom 1. Januar 1900 ab gesetzliche Vertreterin ihrer noch minderjährigen Kinder geworden war.

Um den früheren Pfleger M. den Klägern ersatzpflichtig zu machen, hätte es allerdings genügen können, daß ihre Vermögenslage durch dessen Amtsführung irgendwie verschlechtert worden wäre. Daß dem so sei, kann aber nicht behauptet werden. Wenn er während seiner sechsmonatigen Amtszeit die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen seiner Mündel unterließ, die hernach noch Jahre hindurch geltend gemacht werden konnten, so hat er seine Mündel dadurch nicht geschädigt. Daß er irgend welche Verfügung getroffen habe, die seinen Mündeln nachteilig gewesen wäre,

etwa die Ansprüche der Nachlaßmasse auf die Versicherungen anerkannt, dem Masseverwalter die Versicherungsurkunden zugewendet habe, behaupten die Kläger selbst nicht. Auch davon ist keine Rede, daß es ihn nur die geeigneten Worte gegenüber dem Masseverwalter oder auch die Beibringung des Rechtsgutachtens einer maßgebenden Persönlichkeit gekostet hätte, um den Masseverwalter zur freiwilligen Anerkennung der Rechte seiner Mündel und Ausfolge der Versicherungsurkunde zu bestimmen. Dagegen berufen sich die Kläger darauf, daß eine gerichtliche Geltendmachung ihrer Rechte, sei es im Beschwerdeweg oder im Wege eines Rechtsstreits, zum Ziel geführt hätte, und meinen weiter, wenn der später aufgestellte Pfleger sich derselben Versäumnis schuldig gemacht habe, so entschuldige dies den ersten Pfleger nicht, vielmehr haben dann eben beide den eingetretenen Erfolg herbeigeführt. Allein der Erfolg, den der Erblasser der Beklagten herbeigeführt hat, war nur der, daß die Ansprüche seiner Mündel während seiner Amtszeit nicht gerichtlich geltend gemacht worden sind. Daß dies auch später nicht geschehen ist, kann in keiner Weise auf das Verhalten des Pflegers M. zurückgeführt werden. Daß dieses Verhalten auf die Geschäftsbehandlung der späteren gesetzlichen Vertreter der Kläger — insbesondere auf die des Rechtsanwalts G. — bestimmend eingewirkt habe, vermögen die Kläger selbst nicht zu behaupten. Insoweit diese Vertreter aber ihr Verhalten nach eigenem Ermessen eingerichtet haben, kann dem Pfleger M. für dieses Verhalten keine Verantwortlichkeit aufgebürdet, der Erfolg dieses Verhaltens nicht zugleich als Erfolg seines eigenen Verhaltens aufgefaßt werden.

Ist hienach die von den Klägern behauptete Vermögensschädigung keinenfalls auf das Verhalten des Erblassers der Beklagten zurückzuführen, so ist die erhobene Klage unbegründet.

Urteil des I. CS. vom 24. März 1905 i. S. Schäble g. Maier.

31.

Muß sich der Miterbe, der zugleich Schuldner des Erblassers ist, die Anweisung der Schuld auf seinen Erbteil gefallen lassen?

G. K. war Erbe zu $^1/_8$ und schuldete dem Erblasser 550 M., während sein Erbteil etwa 400 M. betrug. Der Klr. hatte diesen Erbteil gemäß § 859 CPO. pfänden lassen und beantragte, gegenüber den beklagten Miterben festzustellen, daß die Forderungen in Höhe von etwa 3000 M., aus denen der Nachlaß im wesentlichen bestand, dem G. K. zu seinem Achtel zugewiesen werden; die Bekln. vertraten dagegen die Ansicht, G. K. müsse sich mit seinem Erbanspruch auf seine Schuld an den Nachlaß verweisen lassen. Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Gründe:

Die zum Nachlaß gehörenden Forderungen sind, da es sich lediglich um Geldforderungen handelt, im Sinne des § 752 teilbar. Bezüglich dieser Forderungen erfolgt daher die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 752 BGB. durch Teilung in Natur. Daß sich der § 752 BGB. auch auf Forderungen bezieht, ergibt sich daraus, daß er ganz allgemein von gemeinschaftlichen „Gegenständen" spricht, unter welchem Ausdruck das BGB. nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte begreift[1]). Gemeinschaftliche Einziehung dieser Forderungen gemäß § 754 Satz 2 können die Beklagten nicht fordern. Der § 754 BGB. will nicht etwa die in § 752 BGB. vorgesehene Teilung einer in Natur teilbaren Forderung ausschließen, sondern nur bestimmen, daß in denjenigen Fällen, in welchen eine Forderung in Bargeld umgesetzt werden müsse, sei es weil sie nicht in Natur teilbar ist (BGB. § 753), sei es weil der Umsatz in Geld gemäß § 755 BGB. vgl. mit § 2046 Abs. 3 BGB. notwendig wird,

[1]) Planck, Komm. z. BGB. Vorbemerkung 2 zu Buch I Abschnitt II, vgl. auch § 90.

nicht im Weg des Verkaufs der Forderung, sondern im Weg des Einzugs und erforderlichenfalls des demnächstigen Verkaufs des eingezogenen Gegenstands vorzugehen sei[1]).

Der eigentliche Streit dreht sich um die Frage, ob jeder Miterbe (also auch an Stelle des G. K. der Kläger als dessen Rechtsnachfolger) das Recht hat, an jedem der verschiedenen Nachlaßgegenstände (oder ihrem Erlös) seinen verhältnismäßigen Anteil zu bekommen, oder ob ein Miterbe ohne jede Zustimmung für seinen Erbanspruch auf bestimmte einzelne Nachlaßgegenstände verwiesen werden kann; im besonderen: ob es sich G. K. (bezw. der Kläger) gefallen lassen muß, für seinen Anspruch als Miterbe, dessen Geldwert 385 M. 36 Pf. beträgt, auf die zum Nachlaß gehörende Forderung gegen ihn selbst verwiesen zu werden. Letzteres ist zu verneinen. Aus den Bestimmungen des § 750 ff. vgl. mit §§ 2042 Abs. 2 und 2047 BGB. folgt, daß, soweit es sich um mehrere Nachlaßgegenstände verschiedener Art handelt, jeder einzelne Gegenstand zu verteilen ist. Es kann namentlich nicht etwa einem einzelnen Miterben eine Forderung gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner allein zugewiesen werden, auch dann nicht, wenn dieser Miterbe zufällig selbst dieser zahlungsunfähige Schuldner ist.

Auch im Wege der Aufrechnung können die Beklagten dieses von ihnen bezweckte Ergebnis nicht erreichen. Es fehlen die Voraussetzungen des § 387 BGB.: die zum Nachlaß gehörende Forderung gegen G. K. steht nicht etwa den Beklagten zu, auch nicht jedem einzelnen Beklagten im Verhältnis seiner Erbquote (vgl. BGB. § 2040)[2]), sondern der Gesamtheit der Miterben, zu welcher auch G. K. selbst gehört. Die dem G. K. zustehende Forderung auf Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft richtet sich dagegen nur gegen die Miterben des G. K., die Beklagten. Auch die Gegenstände der geschuldeten Leistungen sind bei beiden Ansprüchen durchaus verschieden. Der Anspruch gegen G. K. geht auf eine Geld-

[1]) Vgl. Dernburg, das BR. Band II § 179 IV. 2.

[2]) Planck, BGB. § 2032 Anm. 2.

leistung. Der dem Kläger überwiesene Anspruch des G. K. geht auf Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft. Er ist also jedenfalls nicht von vorneherein auf eine Geldleistung gerichtet. Er geht auch im Endergebnis nicht sowohl auf Bezahlung einer Summe Geldes als auf Ueberweisung von Teilen bestimmter Vermögensstücke (Forderungen u. drgl.).

Auch ein Zurückbehaltungsrecht i. S. des § 273 BGB. steht den Beklagten nicht zu, da die beiderseitigen Ansprüche durchaus nicht auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen.

Auch aus § 756 verb. mit § 2042 Abs. 2 können die Beklagten eine Einwendung gegen die Klagforderung nicht entnehmen. Denn der zum Nachlaß gehörige Anspruch gegen G. K. ist keine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet. Vielmehr war dieser Anspruch schon vor dem Tode der Erblasserin und dem Eintritt der Erbgemeinschaft begründet.

Daß § 51 KO. nicht in Frage kommen kann, bedarf keiner Ausführung.

Auch vom Standpunkt der Billigkeit aus läßt sich gegen das so gewonnene Ergebnis nichts einwenden, weshalb auch die Berufung der Beklagten auf § 242 BGB. fehl geht. Es ist nicht abzusehen, warum bei Unzulänglichkeit der Mittel eines Schuldners gerade diejenigen Gläubiger desselben, welche zufällig Miterben des Schuldners sind, keinen Ausfall erleiden sollten, warum sie andern und zwar sogar den wachsameren Gläubigern vorgehen sollten. Dagegen kann nicht etwa eingewendet werden, wenn man die Miterben nicht in dieser Weise vor den andern Gläubigern bevorzuge, so seien sie gegenüber den andern Gläubigern nicht gleichgestellt, sondern benachteiligt. Letzteres ist nicht richtig, denn die Gesamtheit der Erben kann gerade so, wie andere Gläubiger, gegen ihre Schuldner vorgehen, und deren Vermögensstücke z. B. Anteile an einem Nachlaß pfänden lassen, ohne daß es einen Unterschied machen würde, ob der zu belangende Schuldner zugleich Miterbe der fraglichen Gläubiger ist, und ob der zu pfändende Nachlaßanteil sich gerade auf den Nach-

laß bezieht, welcher der die Pfändung betreibenden Miterbengesamtheit gemeinschaftlich zusteht.

Bei der vorzunehmenden Auseinandersetzung fallen die auf den gepfändeten Erbteil des G. K. entfallenden Gegenstände in das Pfandrecht des Klägers, weshalb der Klagantrag auf Ueberweisung dieser Gegenstände an den Kläger gerechtfertigt ist [1]).

Selbstverständlich sind bei der Auseinandersetzung gemäß § 2046 Abs. 1 BGB. zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen.

Gemäß § 2042 Abs. 2 verb. mit § 756 BGB. war auszusprechen, daß die Auseinandersetzung nur gegen Empfang der den Beklagten gebührenden Ausgleichung zu erfolgen hat.

Urteil des I. CS. vom 24. März 1905 i. S. Konz g. Koppel.

32.

Anfechtung eines Testaments. (§ 2078 Abs. 3 BGB.).

D. S. hat im September 1896 ein Testament errichtet, worin er als Erben 1. die Kinder seines verstorbenen Bruders J. G. S. zu 5/12, 2. seine Schwester M. Witwe D. zu 5/12, 3. den Sohn seiner verstorbenen Schwester Chr. Ehefrau E. zu 2/12 des Nachlasses berief. Weiter bestimmte er: „Wenn eine oder die andere dieser zu Erben berufenen Personen vor mir sterben würde, so treten unter der festgesetzten Beerbungsweise seine erbfähigen Nachkommen an seine Stelle, nur mit der Ausnahme, daß, wenn meine Schwester M. D. vor mir stirbt, ihre Tochter K., welche ihre Tante, meine Schwester K. B. geb. S., ganz beerbt hat, und im Falle ihres Vorablebens ihre Nachkommen ganz ausgeschlossen sein sollen". D. S. starb am 30. August 1903; seine Schwester M., war schon vor ihm gestorben.

Nachdem im Oktober 1903 die Eheleute B. F. und K.

---

[1]) Gaupp-Stein, CPO. § 859 Bem. III Abs. 2 zu Note 9.

geb. D. bei dem Nachlaßgericht eine Anfechtungserklärung abgegeben hatten, erhob der Ehemann F. gegen die Geschwister seiner Ehefrau und die Ehemänner ihrer Schwestern Klage auf Feststellung, daß die Enterbung seiner Frau nichtig und daß seine Frau mit den Beklagten gleichberechtigte Erbin des D. S. sei. Zur Begründung wurde geltend gemacht, der Erblasser sei bei seiner letztwilligen Verfügung durch die irrige Annahme geleitet worden, K. D. habe ihre Tante K. B. ganz beerbt und sei dadurch vor ihren Geschwistern bevorzugt worden; nun sei zwar K. D. infolge des Verzichts der übrigen Erben Alleinerbin ihrer Tante geworden, allein der Nachlaß sei überschuldet gewesen. Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Das angefochtene Urteil beruht auf der irrtümlichen Auffassung, sobald feststehe, daß jemand infolge eines Irrtums des Erblassers in dessen letztwilliger Verfügung übergangen sei, dürfe diese Verfügung dahin ergänzt und verbessert werden, daß dem Uebergangenen dasjenige zukomme, was ihm der Erblasser zugewendet hätte, wenn er nicht geirrt hätte. Eine so weitgehende Wirkung kann der auf § 2078 Abs. 2 BGB. gestützten Anfechtung wegen Irrtums nicht beigelegt werden. Diese Anfechtung kann vielmehr nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und gemäß § 142 BGB. nur das bewirken, daß eine Willenserklärung des Erblassers insoweit, als sie durch den geltend gemachten Irrtum hervorgerufen worden ist, als nichtig anzusehen ist. Wäre die Ehefrau des Klägers pflichtteilberechtigt und hätte die angefochtene Verfügung des Erblassers den Sinn, daß ihr dadurch der Pflichtteil entzogen sein sollte, so könnte die Anfechtung dieser Verfügung mittels des Nachweises, daß der Erblasser durch Irrtum bestimmt worden war, sie zu treffen, deren Beseitigung bewirken und die Ehefrau des Klägers in den Stand setzen, von den Erben den Pflichtteil zu verlangen. Selbst in diesem Fall käme der Anfechtung also nicht die Wirkung zu, sie nachträglich zur Miterbin zu machen. Da die Ehe-

frau des Klägers aber nicht pflichtteilberechtigt ist, so kann von einer derartigen Wirkung der Anfechtung noch weniger die Rede sein. Die angefochtene Verfügung des Erblassers S. geht nicht dahin, der Ehefrau des Klägers etwas zu entziehen, was ihr ohne diese Verfügung kraft Gesetzes zufallen würde. Denn wenn sie auch gesetzliche Erbin des Erblassers hätte werden können, so war sie, da derselbe über seinen ganzen Nachlaß zu gunsten anderer gesetzlicher Erben letztwillig verfügt hat (§ 1937 BGB.), niemals als solche berufen. In Wahrheit hat vielmehr die angefochtene „Verfügung" keine andere rechtliche Bedeutung, als die einer erläuternden Bemerkung, daß die Ehefrau des Klägers im Testament nicht bedacht werde. Der Nachweis, daß diese Bemerkung von einem Irrtum beeinflußt sei, kann den Kläger und seine Ehefrau nichts nützen. Denn wenn auch feststeht, daß der Erblasser seine Nichte irrigerweise übergangen hat, so fehlt es immer noch an einer weiteren Tatsache, wodurch die Uebergangene hinterher doch Erbin werden könnte, sei es an einem Berufungsgrund kraft Gesetzes oder an einem solchen kraft letztwilliger Verfügung. Wollte man annehmen, die Erbeinsetzung der 6 Geschwister der Frau des Klägers sei insoweit nichtig, als diese Geschwister auf mehr als je $^1/_7$ des Erbteils ihrer Mutter eingesetzt sind, so würde das Siebtel dieses Erbteils, über das hienach nicht verfügt wäre, den sechs auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Geschwistern der Frau des Klägers zufolge Anwachsungsrechts zufallen §§ 2093, 2089 BGB.

Da hienach die Behauptung des Klägers, seine Ehefrau sei von dem Erblasser S. in seinem Testament infolge irrtümlicher Vorstellungen von vermeintlichen Vorteilen, die sie als Alleinerbin der Schwester des Erblassers gehabt habe, übergangen worden, die Klagbitte nicht zu rechtfertigen vermag, ist die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Urt. des I. CS. vom 10. März 1905 i. S. Distel u. Gen. gegen Frohmüller.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

33.

Beweislast bei Streit darüber, ob ein Kauf mit oder ohne Befristung abgeschlossen ist?

Ueber diese Frage ist in den

Gründen

eines Berufungsurteils gesagt:

Wenn Bekl. gegenüber der Behauptung des Kl., daß das Kaufgeschäft ohne Befristung abgeschlossen worden sei, die Vereinbarung einer Befristung behauptet, so liegt darin lediglich ein teilweises Bestreiten der klagbegründenden Tatsachen. Kl. ist daher für seine Darstellung beweispflichtig. Diese Regelung der Beweislast entspricht der herrschenden Meinung [1]). Ein Rechtssatz in dem Sinne, daß Rechtsgeschäfte im Zweifel als unbefristet (oder unbedingt) abgeschlossen zu gelten haben, besteht nicht. Die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 57 S. 46 ff. kann nicht für den Standpunkt des Klägers herangezogen werden. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall — Vereinbarung einer andern als der gesetzlichen Kündigungsfrist für Heimzahlung eines Darlehens — handelt es sich nicht wie hier um eine Befristung des Rechtsgeschäfts.

Urteil des I. CS. vom 24. Februar 1905 i. S. Bürkle g. Pfander.

34.

§ 616 Satz 1 CPO. gilt auch für den Widerkläger.

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist ausgeführt:

[1]) Vgl. Staub, Komm. zum HGB. 6. u. 7. Aufl. Allgemeine Einleitung S. 23 Anm. 57.

Was zunächst den Ehebruch anlangt, welchen der Kläger im August 1901 mit der Frau K. S. begangen haben soll, so ist dem Unterrichter dahin beizutreten, daß die Klägerin ihr Scheidungsbegehren nicht mehr auf diesen angeblichen Ehebruch stützen kann. Nach § 616 CPO. kann der Kläger, welcher mit der Scheidungsklage abgewiesen worden ist, das Recht, die Scheidung zu verlangen, nicht mehr auf Tatsachen gründen, welche er in dem früheren Rechtsstreite geltend machen konnte. Mit Recht führt der Unterrichter aus, daß das Gleiche selbstverständlich im Fall einer Scheidungswiderklage für den abgewiesenen Widerkläger gelten müsse. Zwar bezieht sich § 616 CPO. nicht auf Herstellungsklagen[1]). Es kann daher die Präklusion nicht etwa auf den Satz 2 des § 616 CPO. gestützt werden. Die Ehefrau konnte als Beklagte im Vorprozeß gegenüber der Herstellungsklage sich ohne Gefahr der Präklusion jeder Widerklage enthalten. Hatte die Ehefrau aber einmal Widerklage auf Ehescheidung erhoben, so war sie in Anwendung des Satz 1 des § 616 CPO. bei Gefahr der Präklusion verpflichtet, alle ihr im Lauf des damaligen Rechtsstreits bekannt gewordenen Scheidungsgründe geltend zu machen. Denn der Gedanke des Gesetzgebers ist offenbar folgender: wird der Bestand der Ehe von keinem der beiden Streitteile, sei es durch Scheidungs- oder Anfechtungsklage in Frage gestellt, wird z. B. nur die Herstellungsklage erhoben, so liegt keine Ursache vor, die eine oder andere Partei durch Androhung der Präklusionsgefahr zu veranlassen, mit Scheidungs- oder Anfechtungsgründen herauszurücken; im Gegenteil wäre es höchst bedenklich, Ehegatten, unter denen bis jetzt der Bestand oder Fortbestand der Ehe überhaupt nicht fraglich geworden ist, durch Androhung einer Präklusion zu veranlassen, die Frage der Anfechtung oder Scheidung aufzuwerfen. Wird aber einmal von seiten des einen oder andern Ehe-

[1]) Freudenthal, CPO. 1904 § 616 Bemerk. 1 c. Gaupp-Stein, CPO. § 616 Bem. 1 Abs. 2 Note 1 u. 2; Seuff A., Bd. 41 Nr. 152.

gatten der Bestand der Ehe durch Geltendmachung von Anfechtungs- oder Scheidungsgründen in Frage gestellt, so gebietet das Interesse einer baldigen und endgültigen Regelung des Ehestreits, daß alle Scheidungs- und Anfechtungsgründe, welche der einen oder andern Partei zu Gebot stehen, nunmehr in einem Rechtsstreit vorgebracht werden. Es kommt von diesem Gesichtspunkt aus also nur darauf an, ob der Bestand der Ehe überhaupt seitens eines Ehegatten durch Erhebung der Anfechtungs- oder Scheidungsklage in Frage gestellt worden ist, wogegen es durchaus gleichgültig ist, ob dies im Weg einer Vorklage oder einer Widerklage geschehen ist.

Auch nötigt der Wortlaut des Satz 1 des § 616 in keiner Weise, den Ausdruck „Kläger" gerade im Sinne eines Klägers in einer Vorklage zu verstehen und durch diesen Ausdruck den Widerkläger für ausgeschlossen anzusehen.

Urt. des I. CS. vom 2. Juni 1905 i. S. Kuhn g. Kuhn.

B. in Straffachen.

5.

Inwiefern ist ein Privatabkommen über den Bußanspruch wirksam?

1. Aus den Gründen:

Auch die weitere Rüge einer Verkennung der strafgesetzlichen Bestimmungen über die Buße ist verfehlt. Diese Verkennung wird darin gefunden, daß infolge einer zwischen dem Nebenkläger und einem Bruder des Angeklagten getroffenen Abmachung eine Nachforderung nur für den Fall einer unvorhergesehenen Verschlimmerung der Verletzung am Auge vorbehalten worden, diese aber nicht eingetreten sei und hienach eine vertragsmäßige Verpflichtung des Nebenklägers vorliege, keinen weiteren Schadensersatzanspruch geltend zu machen, was dem trotzdem zugelassenen Anspruch auf Buße entgegenstehe. An sich ist vom Strafrichter ein solches Privatabkommen allerdings zu beachten, da die Buße ihrer rechtlichen Natur nach nicht Strafe, sondern privatrechtliche Entschädigung des Verletzten ist und als ein nach Charakter sowie Inhalt privatrechtlicher Anspruch auch der Dispositionsbefugnis des Berechtigten, insbesondere der Wirkung eines in gültiger Weise erklärten Verzichts oder abgeschlossenen Vergleichs unterliegt. Im Einzelfall ist dabei vom Instanzgericht zu prüfen, ob der Verzicht oder Vergleich rechtsverbindlich, ob er etwa wegen mangelnder Voraussetzung oder wegen Irrtums, Betrugs anfechtbar ist, ob er vielleicht nach Zweck oder Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, wie

auch vom Tatrichter darüber zu entscheiden ist, ob der vom Verletzten ausgesprochene Verzicht den behaupteten Sinn und Inhalt oder welche Bedeutung die abgeschlossene Uebereinkunft nach dem Willen der Parteien habe.

Vorliegend scheitert der Revisionsangriff an den in dieser Richtung im Urteil getroffenen Feststellungen. Nach diesen erfolgte die Abmachung mit der Bedingung, daß 36 M. als Abfindungssumme bezahlt werden, während der Verletzte unbestritten nur 20 M. bezahlt erhielt und ferner erfolgte sie nur als eine vorläufige unter der Voraussetzung, daß weitere Folgen, wie sie nachher mit Erkrankung an Gesichtsrose auftraten, sich nicht einstellen werden. Diese letztere Auslegung des Inhalts des Abkommens ist rein tatsächlicher Natur und aus ihr folgt die rechtliche Unverbindlichkeit desselben wegen mangelnder Voraussetzung, sowie das Fortbestehen des Anspruchs des Verletzten auf Buße, während allerdings der erstangeführten Feststellung, daß nicht die ganze Abfindungssumme, sondern nur ein Teil bezahlt worden sei, nicht dieselbe Bedeutung beizumessen ist, sie vielmehr nur einen Anspruch auf Nachzahlung des restlichen Betrags begründen würde.

Urteil des Strafsenats vom 11. Juli 1903 in der Strafsache gegen d. E. in H. wegen Körperverletzung.

6.

Die Rechtsgültigkeit und der Tatbestand der Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3a PolStG. betr. den unerlaubten Handel mit Anteilen von Lotterielosen bezw. mit Anteilen von Inhaberpapieren mit Prämien.

1. Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Beziehung folgendes festgestellt: der Angeklagte, Inhaber der Firma W. L., eines Bankgeschäfts in L., befaßt sich mit der Gründung und Leitung sogenannter Serienlosgesellschaften, als deren Zweck in § 1 der von ihm festgesetzten Statuten der Ankauf von 12 staatlich garantierten, überall gesetzlich

erlaubten Serienlosen, d. h. von 12 auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen aus den in Deutschland allgemein zugelassenen Prämienanleihen (Inhaberpapieren mit Prämien) im Laufe eines Jahres, sowie die gleichmäßige Verteilung des sich hiedurch ergebenden Gewinns unter die Mitglieder bezeichnet ist und die nach § 2 der Statuten sich bilden aus dem Bankgeschäft W. L. in L., d. h. dem Angeklagten als Vorsitzendem und 99 anderen Teilnehmern, also zusammen 100 Mitgliedern zu ganzen Gesellschaftsanteilen, wobei, solange die Mitgliederzahl von 100 nicht erreicht ist, dem Vorsitzenden die Pflichten und Rechte der fehlenden Mitglieder zugewiesen sind; die Beschaffung der Serienlose für die Gesellschaft geschieht nach den Statuten durch L. Hiebei soll satzungsgemäß jedes Mitglied der Gesellschaft vollberechtigter Mitbesitzer und Miteigentümer der Lose nach Maßgabe des von ihm erworbenen Anteils sein, der als ganzer, d. h. als $^{1}/_{100}$tel um einen monatlichen Beitrag von 10 M., also um 120 M. im Jahre, als halber um einen monatlichen Beitrag von 5 M. und als Viertelsanteil um einen solchen von 2 M. 50 Pf., zu bezahlen an L., erhältlich ist. Jedes Mitglied hat jährlich eine Aufnahmegebühr von 2 M. und für Drucksachen und Ziehungslisten den gleichen Betrag an L. zu entrichten. Diese Gebühren werden am Schlusse des Jahres von dem sich ergebenden, aus den auf das Mitglied entfallenden Gewinnanteilen bestehenden Guthaben des Mitglieds in Abzug gebracht. Eine Rückerstattung der Beiträge findet nicht statt. Der Angeklagte hat nun in einem von ihm in L. bei der Post an die Adresse des Kaufmanns W. in H. aufgegebenen, diesem zugestellten Briefe dem W. die Nummer 2 des 2. Jahrgangs der von ihm herausgegebenen, gedruckten Verlosungsliste Fortuna übersandt, in welcher die Ergebnisse der am 1. Februar 1905 stattgehabten Gewinnziehung von Sachsen-Meininger 7 fl. Losen mitgeteilt sind und die Mitglieder der Serienlosgesellschaft an die Bezahlung ihres Beitrags für die Aprilziehung gemahnt werden. Am Schlusse der Liste steht die Bemerkung: L. suche zur An-

werbung von Mitgliedern für seine Serienlosgesellschaften tüchtige Vertreter.

Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß der Angeklagte die Anlehenslose stets in eigenem Namen, nicht in demjenigen der Gesellschaft kaufe und den nach Maßgabe der Statuten in die Losgesellschaft aufgenommenen Mitgliedern Miteigentumsquoten zu $^1/_{100}$tel bezw. $^1/_{200}$tel an den Originallosen übertrage, während das Eigentum zu mindestens $^1/_{100}$tel ihm verbleibe, daß er als Pauschalpreis für die an die Gesellschafter verkauften und ihnen übertragenen Anteile an dem zuvor ihm allein zugestandenen Eigentum sich deren Monatsbeiträge bezahlen lasse, daß er die Losanteile zwecks Erlangung eines seine Leistungen übersteigenden Entgelts seitens der Käufer, also in gewinnsüchtiger Absicht veräußere und daß er in dieser Absicht dem W. durch die Zusendung der gedachten Nummer der Fortuna von der zuständigen württembergischen Behörde nichtgenehmigte Anteile der erwähnten 7 fl. Lose und der andern, nach dem von ihm vorgelegten Verlosungsplan und seinem Zugeständnis im Laufe des Gesellschaftsjahres 1905 / 1906 zur Verlosung gelangten und gelangenden Inhaberpapiere mit Prämien i. S. des Reichsgesetzes vom 8. Juni 1871 angeboten, d. h. zum Erwerb zwecks Erlangung von Miteigentumsquoten an den Originallosen angeboten habe. In dieser Handlung hat das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit dem Schöffengericht den Tatbestand einer Uebertretung i. S. des Art. 7 Ziff. 3a Abs. 3 vgl. mit Abs. 1 des württ. Polizeistrafgesetzes erblickt und es hat daher die von dem Angeklagten gegen das schöffengerichtliche Urteil, durch welches gegen ihn hiewegen auf eine Geldstrafe erkannt worden ist, eingelegte Berufung als unbegründet verworfen.

Unbegründet sind sämtliche gegen die R e c h t s g ü l t i g k e i t der vorerwähnten Strafbestimmung erhobenen Bedenken.

Mit Unrecht macht der Angeklagte durch Berufung auf § 2 des EG. zum StGB. zunächst geltend, daß die erwähnte Strafbestimmung des württ. Rechts der Gültigkeit ermangle,

weil sie eine Materie betreffe, welche Gegenstand des StGB. für das Deutsche Reich sei. Das Reichsgericht und der erkennende Senat haben in ständiger Rechtsprechung (vgl. u. a. RGEntsch. in Straff. Bd. 1 S. 219 ff., S. 274 ff., Bd. 30 S. 116 ff., Bd. 33 S. 335 ff., Bd. 36 S. 260 ff., Jahrb. der württ. Rechtspfl. Bd. 12 S. 147 ff., Bd. 16 S. 64 ff.) angenommen, daß durch das Reichsstrafgesetzbuch nach den Motiven zu § 281 des Entwurfs (S. 137) die landesgesetzlichen Strafvorschriften gegen „das Spielen in auswärtigen Lotterien und das Kollektieren für dieselben" nicht haben berührt werden wollen. Von dieser, u. a. auch von dem bayerischen obersten Landesgerichte (vgl. dessen Entscheidungen in Strafsachen Bd. 4 S. 252) geteilten Auffassung abzuweichen liegt kein Grund vor. Hieraus ergibt sich die Zuständigkeit eines Bundesstaats zur Erlassung von Strafbestimmungen gegen den Vertrieb der in seinem Gebiet nicht zugelassenen Lotterielosen und der diesen rechtlich (vgl. RGEntsch. in Straff. Bd. 30 S. 118) gleichstehenden Inhaberpapieren mit Prämien i. S. des Reichsges. vom 8. Juni 1871.

Ebenso haltlos ist der aus Art. 4 Ziff. 2 der Reichsverfassung und dem eben angeführten Reichsgesetze entnommene Einwand. In jenem Art. 4 Ziff. 2 ist bestimmt, daß neben der hier nicht in Betracht kommenden Zollgesetzgebung die Handelsgesetzgebung dem Reiche zustehe. Der Revisionskläger macht nun geltend, daß auf Grund dieser Verfassungsbestimmung das erwähnte Reichsgesetz erlassen worden sei, daß letzteres nur den Handel mit nicht genehmigten Inhaberpapieren mit Prämien verbiete, daß, wenn hienach die genehmigten Papiere, wozu festgestelltermaßen die von dem Angeklagten angebotenen gehören, verkauft werden dürfen, sie nicht nur in ganzen Stücken, sondern auch in bloßen Anteilen veräußert werden dürfen und daher der Landesgesetzgebung keine Befugnis zum Erlaß einer den Handel mit Anteilen dieser Papiere verbietenden Strafbestimmung zukomme. Allein aus der nicht zu bezweifelnden civilrechtlichen Zulässigkeit des Handels mit solchen Papieren

sowohl nach ganzen Stücken als nach bloßen Anteilen folgt nicht die Unzulässigkeit eines landesstrafrechtlichen Verbots des Vertriebs solcher Papiere, da die Handelsgesetzgebung als solche nur civilrechtliche Normen schaffen will und andererseits, wie aus § 134 BGB. hervorgeht, die civilrechtliche Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts neben dem strafrechtlichen Verbot desselben bestehen kann (vgl. RGEntsch. in Straff. Bd. 33 S. 335 ff., Jahrb. der württ. Rechtspflege Bd. 12 S. 249 ff., Entscheidungen des bayer. obersten Landesgerichts in Straff. Bd. 4 S. 252).

Die Anwendung des Art. 7 Ziff. 3a Abs. 3 vgl. mit Abs. 1 PStG. auf den festgestellten Tatbestand läßt einen Rechtsirrtum nirgends erkennen. Die maßgebende vorderrichtliche Annahme, daß der Angeklagte gemäß seiner steten Gepflogenheit auch die vorliegend in Rede stehenden Papiere in eigenem Namen und nicht in demjenigen der Serienlosgesellschaft gekauft und daß er in dem Briefe an W. aliquote Anteile an diesen Papieren zum käuflichen, miteigentümlichen Erwerb angeboten habe, ist das Ergebnis der Würdigung der Beweise und ist daher der Nachprüfung des Revisionsrichters entzogen.

Die Behauptung des Revisionsklägers endlich, daß der Art. 7 Ziff. 3a des PStG. „mit dem Verbot der Ausgabe und des Handelns von Anteilen von Prämienanleihen nicht den Erwerb von gemeinsamem Eigentum mehrerer zu Anteilen, sondern nur die Ausgabe von verselbständigten Anteilen meinen könne", findet weder in dem Wortlaut des genannten Artikels noch in der Entstehungsgeschichte des letzteren einen Anhalt. Im Gegenteil haben die Gesetzgebungsfaktoren gerade die Uebertragung des Eigentums an einem aliquoten Teile des Originalloses, also den Verkauf von ideellen Anteilen an den in Rede stehenden Papieren, die Begründung von Miteigentum an denselben zu bestimmten Quoten im Auge. (Vgl. Verhandlungen der württ. Kammer der Abgeordneten von 1895—1897 V. Beil. Band S. 293, von 1895—1898 VII. Beil. Band S. 474, Verhand-

lungen der Kammer der Standesherrn von 1895—1899 II. Beil.Band S. 401.)

Urteil des Straffenats vom 4. Oktober 1905 in Strafsache gegen L. L. in Lübeck wegen unerlaubten Losangebots.

2. In einem späteren Urteil vom 13. Nov. 1905 ist die Revision des Agenten H. H. in M., der gemäß der Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3a Abs. 2 PStG. wegen einer jenen Losanteilhandel des L. L. als Mittelsperson befördernden Tätigkeit zu Strafe verurteilt worden war, aus ähnlichen Gründen verworfen worden. Dieser Agent hatte das ihm in einem Brief des nach Ziff. 1 verurteilten Loshändlers L. gemachte Anerbieten, für ihn gegen bestimmte Provision für den Verkauf seiner „im ganzen Deutschen Reich gesetzlich erlaubten, staatlich garantierten Serienlose" tätig zu werden angenommen und dann in seiner Eigenschaft als Agent des L. ein Inserat in der Schw. A.-Zeitung erscheinen lassen, in welchem er zur Beteiligung an den Serienlosgesellschaften aufforderte. Auf Grund dieser Bekanntmachung ist es dem Angeklagten Ende Januar 1905 gelungen, für L. $^1/_4$ Anteil zu 2 M. 50 Pf. an den Weber B. in M. zu verkaufen. Wie nun das Urteil der Strafkammer feststellte, hat es sich bei dem Unternehmen des L. nicht sowohl um die Bildung von Serienlosgesellschaften gehandelt, als um das Anerbieten und den Verkauf von (in Württemberg nicht genehmigten) Anteilen an Inhaberpapieren mit Prämien. Die Bildung von Serienlosgesellschaften wird im Urteil als ein Scheingeschäft bezeichnet und gesagt, in Wahrheit handle es sich um den Verkehr mit dinglichen Losanteilen, wornach die Käufer Miteigentum nach Bruchteilen an den Losen, nicht aber mit den übrigen Gesellschaftern zusammen Eigentum zur gesamten Hand erwerben sollen. Hienach habe L. durch den Angeklagten dem Publikum Serienlosanteile zum Kauf angeboten, auch einen Losanteil an B. verkauft. Der Angeklagte habe, wie weiter festgestellt wurde, seine Tätigkeit

für L. aufgenommen und entwickelt, um die ihm in Aussicht gestellte beträchtliche Provision zu verdienen, also in Betätigung einer auf dauernden Erwerb gerichteten Absicht. Auf Grund dieser Feststellungen gelangte die Strafkammer zu dem Ergebnis, der Angeklagte habe gewerbsmäßig als Mittelsperson den Verkauf von in Württemberg nicht genehmigten Anteilen von Inhaberpapieren mit Prämien im Sinn des Reichsgesetzes vom 8. Juni 1871 befördert und sie hat den Angeklagten wie auch das Schöffengericht einer Uebertretung gegen Art. 7 Ziff. 3a des württ. Polizeistrafgesetzes für schuldig erklärt.

Diese Verurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Entscheidend ist die Feststellung, daß L. die Inhaberpapiere nicht für die sog. Serienlosgesellschaft als Eigentum zur gesamten Hand erworben hat, sondern daß er das — wie nach dem Zusammenhang der Gründe des angefochtenen Urteils anzunehmen ist — von ihm selbst erworbene Eigentum an den betreffenden Papieren nebst dem hiemit verknüpften Forderungsrecht zu bestimmten Bruchteilen dem Publikum zum Kauf angeboten hat und daß es in seinem Fall zum Abschluß eines Kaufs über einen solchen Bruchteil gekommen ist. Diese für die Revisionsinstanz bindende Feststellung rechtfertigt die Annahme des Berufungsgerichts, daß L. „Anteile“ an Inhaberpapieren mit Prämien zum Kauf angeboten und verkauft hat. Diese Anteile sind in Württemberg nicht genehmigt, wenn auch der Verkehr mit den ganzen Papieren zulässig sein sollte. Da ferner die Feststellung der Strafkammer, daß der Angeklagte den Verkauf der Anteile an Inhaberpapieren mit Prämien als Mittelsperson befördert habe und daß dies gewerbsmäßig geschehen sei, einem Bedenken nicht unterliegt, so hat die Strafkammer mit Recht den Angeklagten einer Uebertretung gegen Art. 7 Ziff. 3a des württ. Polizeistrafgesetzes für schuldig befunden.

7.

Kann der Verteidiger für das Anwohnen bei einer kommissarischen Zeugenvernehmung die hälftige Verhandlungsgebühr des § 64 RA. GebO. fordern?

Diese Frage wurde vom Strafsenat übereinstimmend mit der Strafkammer des Landgerichts H. in einem Fall verneint, in welchem nach Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schwurgericht die kommissarische Vernehmung eines kranken Zeugen am Landgerichtssitz im Beisein des bestellten, dort wohnhaften Verteidigers erfolgt war. Die vom letzteren später geforderte Erhöhung der Verhandlungsgebühr um 20 M. war abgelehnt worden, weil sie gemäß § 64 RAGebO. nicht gerechtfertigt sei und auch für eine besondere Gebühr gemäß § 89 kein Raum sei. Der hiegegen erhobenen Beschwerde war zwar darin beizutreten, daß der § 70 RAGebO. nicht Anwendung finden könne. Denn diese Gesetzesbestimmung zählt bestimmte Einzelhandlungen auf, von welchen hier keine in Frage steht. Dagegen kann zu gunsten des Beschwerdeführers auch nicht § 89, wie von ihm beansprucht, verwertet werden. Indem § 63 für Strafsachen, abgesehen vom Vorverfahren, nur eine Gebühr für die Verteidigung in der Hauptverhandlung vorsieht, gibt das Gesetz zu erkennen, daß nach seiner Absicht der Schwerpunkt der Tätigkeit des Verteidigers in der Hauptverhandlung liegt und daß für die sonstige Tätigkeit des Verteidigers eine besondere Gebühr nicht anzusprechen ist, vgl. Mot. zur RAGebO. § 69 (Entw.) u. Vorbem. zum IV. Abschnitt. Die sonstige Tätigkeit des Verteidigers außerhalb der Hauptverhandlung ist auch in der Regel keine besonders umfangreiche und wird so durch die Gebühr für die Hauptverhandlung mitentlohnt. Daß die subsidiäre Vorschrift des § 89 vorliegend nach der Absicht des Gesetzgebers nicht Platz greift, ist auch daraus zu entnehmen, daß bei der Beratung der Reichstagskommission unter den Fällen, welche beispielsweise für eine Anwendung

dieses § namhaft gemacht wurden, auch die Vertretung in einem einzelnen Beweistermin in einer Strafsache Erwähnung fand, aber mit der ausdrücklichen Einschränkung und Voraussetzung, daß die Vollmacht sich auf diesen Termin beschränke (vgl. Walter, 4. Aufl., § 89 Nr. II 8). Im gegebenen Fall trifft diese Voraussetzung nicht zu, dem Beschwerdeführer kam die Hauptverhandlungsgebühr zu. Hienach war die Beschwerde gegen den Abstrich von 20 M. als unbegründet zu verwerfen.

Beschluß des Strafsenats vom 12. Februar 1906 in der Beschwerdesache des RA. R.

8.

Was ist unter Bildwerken i. S. § 44 Abs. 3 RGewO. zu verstehen?

1. Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils haben die Reisenden J. R. und L. R. des Buchhändlers E. in verschiedenen Orten Württembergs beliebige Personen aufgesucht, um sie unter Vorzeigung von Mustern von eingerahmten Bildern und „Haussegen" und sogenannten „Kapellen" zu Bestellungen auf solche Gegenstände zu veranlassen; die gemachten Bestellungen hat E. zur Ausführung gebracht. Die Bilder sind mit Glasrahmen versehene Drucke von Landschaften, Tierstücken u. s. w., der „Haussegen" ist ein mit verziertem Glasrahmen versehenes Blatt, auf welchem außer einer gestickten religiösen Inschrift und einem Blumenarrangement ein aus Wachs oder einem ähnlichen Stoff hergestellter Christus am Kreuz oder eine andere Darstellung angebracht ist; die „Kapellen" endlich sind mit verzierten Rahmen versehene Glaskasten, die innen mit Stoff ausgeschlagen sind und ein auf bemalter Stoffunterlage befindliches Porzellanrelief, darstellend einen Schutzengel, die Geburt Christi oder die heilige Familie, enthalten. Eine Anzeige ihrer gewerblichen Tätigkeit ist seitens der bei-

den Reisenden oder seitens des E. nicht erfolgt, ein Steuerschein ist nicht gelöst worden.

Durch Urteil des Schöffengerichts Stuttgart Stadt sind, nachdem gegen die zuvor ergangenen Strafbescheide der Steuerbehörde gerichtliche Entscheidung beantragt war, J. R. und L. R. wegen Gefährdung der Wandergewerbesteuer gemäß Art. 22 Z. 1, Art. 23 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 und Art. 2 Z. 2 des Württ. Gesetzes vom 15. Dezember 1899 betr. die Wandergewerbesteuer je zu der Geldstrafe von 10 M. verurteilt und es ist gleichzeitig der Geschäftsherr E. gemäß § 26 des erwähnten Gesetzes für Strafe und Kosten haftbar erklärt worden. Die von E. allein hiegegen eingelegte Berufung ist von der Strafkammer verworfen worden und gegen dieses Berufungsurteil hat E. Revision eingelegt mit der Rüge einer Verletzung des materiellen Rechts, nämlich des § 44 der GewerbeO. und des Art. 22 und 23 des zit. Gesetzes betr. die Wandergewerbesteuer. Die Revision konnte jedoch keinen Erfolg haben.

Nach Art. 2 des eben erwähnten Gesetzes ist wandergewerbesteuerpflichtig und hat gemäß Art. 7 daselbst vor Eröffnung seines Gewerbebetriebs denselben behufs Entrichtung der Steuer der zuständigen Steuerbehörde anzumelden und einen Steuerschein zu lösen, wer im Lande außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person Warenbestellungen aufsuchen will. Nach Art. 5 daselbst sind der Steuer nicht unterworfen Personen, welche in einem deutschen Staat ein stehendes Gewerbe treiben und die in ihren Diensten stehenden Reisenden, welche außerhalb des Gemeindebezirks der gewerblichen Niederlassung für den Zweck des Handelsbetriebs Bestellungen auf Waren aufsuchen. Voraussetzung der Steuerfreiheit ist jedoch, daß das Aufsuchen von Bestellungen ohne vorgängige Aufforderung n u r bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder bei solchen Personen geschieht, in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden, soweit nicht

auf Grund des § 44 GewO. für bestimmte Waren Ausnahmen von letzterer Vorschrift zugelassen sind. In § 44 GewO. ist eine solche Ausnahme zugelassen für das Aufsuchen von Bestellungen auf Druckschriften, andere Schriften und Bildwerke.

Es fragt sich also, ob das Aufsuchen von Bestellungen auf die von den Reisenden des Angekl. vertriebenen Bilder, Haussegen und Kapellen als ein Aufsuchen von Bestellungen auf Bildwerke (um Druckschriften oder andere Schriften handelt es sich zweifellos nicht) unter jene Ausnahmebestimmung fällt und demzufolge der Wandergewerbesteuer entzogen ist oder nicht. Was zunächst die Bilder und Haussegen betrifft, so nimmt das angefochtene Urteil an, daß diese an und für sich allerdings Bildwerke im Sinne des § 44 GewO. darstellen und als solche steuerfrei vertrieben werden könnten. Für den vorliegenden Fall jedoch, nach den tatsächlichen Umständen, insbesondere nach dem Wertsverhältnis der Rahmen zu den Bildern kommt das Urteil zu dem Schluß, daß nicht der Vertrieb der Bilder die Hauptsache, sondern derjenige der Rahmen das Wesentliche sei, und daß, weil der Vertrieb der Rahmen allein keine Steuerfreiheit genieße, letztere auch nicht Platz greifen könne, wenn ein im Verhältnis zum Rahmen geringwertiges Bild in diesen eingefügt sei. Das Berufungsgericht nimmt hienach an, daß hier in Wirklichkeit ein Vertrieb von Rahmen stattgefunden und daß gerade der Absatz der Rahmen es gewesen sei, mit welchem der Beschwerdeführer im wesentlichen sein Geschäft gemacht habe. Diese aus den tatsächlichen Umständen des Falls abgeleitete Erwägung liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen. Auf Grund derselben konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangen, daß das Aufsuchen von Bestellungen auf die hier in Frage stehenden eingerahmten Bilder und „Haussegen“ nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 44[3] GewO. falle.

Auch bezüglich der „Kapellen“ hat das Berufungsur-

teil die Anwendung dieser Bestimmung ausgeschlossen. Hier geht das Urteil davon aus, daß die Kapellen nicht unter den Begriff Bildwerk fallen, weil unter diesem Begriff plastische Erzeugnisse, wie das darin befindliche Porzellanrelief, nicht verstanden werden können. Die hiefür gegebene, aus dem Wortlaut des § 43[1] GewO., den dort vorkommenden Ausdrücken „anheften" und „anschlagen", welche bei plastischen Werken nicht möglich seien, — abgeleitete Begründung, ist jedoch nicht schlüssig, weil sich jene Ausdrücke durchaus nicht notwendig auf das Wort Bildwerke beziehen müssen, sondern ausschließlich in bezug auf die Worte „Druckschriften" und „andere Schriften" gebraucht sein können, während für „Bildwerke" nur die in § 43[1] ebenfalls aufgenommenen Ausdrücke „ausrufen", „verkaufen", „verteilen" gelten. Allein es bedarf hier gar keiner Entscheidung darüber, ob plastische Erzeugnisse unter den Begriff Bildwerke fallen oder nicht, denn die Ausschließung der Ausnahmebestimmmung des § 44 GewO. für die „Kapellen" findet schon in den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils eine ausreichende Begründung. Darnach sind diese „Kapellen" mit verzierten Rahmen versehen, innen mit Stoff ausgeschlagene, mit einem Musikwerk ausgestattete Glaskästen, welche ein auf bemalter Stoffunterlage befindliches Porzellanrelief enthalten, das gegenüber dem Umfang des Kastens unverhältnismäßig klein und ziemlich primitiv ist. Aus dieser Schilderung insbesondere der Bezeichnung des Porzellanreliefs als primitiv, aus der Darstellung seiner Größenverhältnisse gegenüber denjenigen des Glaskastens geht mit Deutlichkeit hervor, daß dieses Relief, welches allein etwa als Bildwerk in Betracht kommen könnte, gegenüber den übrigen Bestandteilen der „Kapellen" in den Hintergrund tritt, und daß in Wirklichkeit auch in diesem Fall, geradeso wie bei den eingerahmten Bildern, nicht das im Glaskasten befindliche Relief es ist, was für den Geschäftsbetrieb des Angekl. die Hauptsache war und womit er sein Geschäft gemacht hat, sondern der Glaskasten mit seinen sonstigen Zutaten. Es ist also auch

hier tatsächlich festgestellt, daß auf andere als die unter die Ausnahmebestimmung des § 44³ GewO. fallenden Waren Bestellungen aufgesucht worden sind. Durch diese tatsächlichen Feststellungen ist die Verneinung der Anwendbarkeit jener Bestimmung auf die „Kapellen" in ausreichender Weise getragen.

Urt. des Strafsenats v. 3. Febr. 1904 gegen A. E. in St. wegen Wandergewerbesteuergefährdung.

2. In einem anderen Revisionsurteil, dem ein ähnlicher Sachverhalt, nämlich Aufsuchen von Bestellungen auf sog. Haussegen, sowie auf Broschen, Manschettenknöpfe und Kravattennadeln, welche als „Fassungen" für verkleinerte Photographien dienen sollten, zu Grunde lag, wurde gegenüber der Behauptung, daß die gegen besondere Bezahlung zum Kauf angebotenen, zum Einrahmen der sog. Haussegen dienenden Rahmen, ebenso jene Broschen u. s. w., bezw. Fassungen, als „Bildwerke" unter die Ausnahmbestimmung des § 44 GewO. fallen und nicht als selbständige Gegenstände des Angebots und der Bestellung anzusehen seien, in diesem Betreff ausgeführt:

Anlangend die Rahmen zu den zweifellos als Bildwer anzusehenden Haussegen ist nicht maßgebend, wie die Revision meint, daß ein „Haussegen" ohne Fassung niemand etwas nütze und er deshalb in einen Rahmen oder sonst gefaßt werde, sondern die tatsächliche Feststellung, daß Bildwerk und Rahmen je als Gegenstand besonderer Bestellung behandelt wurden sowie der Mangel einer tatsächlichen Begründung dafür, daß der Rahmen begrifflich mit dem Bildwerk zusammenfällt. Denn es bleibt bei jeder Bestellung dem Käufer eines Bildwerks überlassen, ob er überhaupt das Bild mit Rahmen versehen, wie er die Einrahmung gestalten und ob er den Rahmen vom Lieferanten des Bildwerks oder sonstwoher beziehen will. Dies zeigt der Handel mit Stichen, Photographien und sonstigen mechanischen Vervielfältigungen von Bildwerken, welche zumeist ohne Rahmen

gehandelt werden und zu einer anderweiten Beurteilung der sog. Haussegen gibt die tatsächliche Feststellung überall keinen Anlaß. Bei den Broschen, Manschettenknöpfen und Kravattennadeln, die als Fassungen für verkleinerte Photographien gleichfalls gegen besondere Bezahlung bestellt wurden, genügt der Hinweis darauf, daß es sich hier um Gebrauchsgegenstände handelt, deren Zweck durch die darauf angebrachte beliebige Verzierung, mag diese auch in einer verkleinerten Photographie bestehen, in keiner Weise geändert wird.

Urteil des Strafsenats vom 21. Nov. 1904 in der Strafsache gegen E. S. von Sch.

9.

Die straffreie Wiederholung eines Diebstahlsbezichts nach Einstellung des Verfahrens wegen Diebstahl.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist dem Angeklagten in der Wirtschaft des Privatklägers ein Zehnmarkstück weggekommen und die von ihm dem Fahnder St. gegen J. S. von O. als vermutlichen Täter erstattete polizeiliche Anzeige nicht weiter verfolgt worden; dagegen wurde der Angeklagte auf Privatklage wegen Beleidigung des S. zu 20 M. Geldstrafe verurteilt und die hernach von ihm gegen drei im Privatklageverfahren eidlich vernommenen Zeugen bei der Staatsanwaltschaft gemachte Strafanzeige wegen Meineids veranlaßte zwar ein Ermittlungsverfahren dieser Behörde, welches jedoch mangelnden Beweises halber in beiden Instanzen eingestellt wurde. Bald darauf nahm der Angeklagte seine frühere Anzeige gegen S. wegen Diebstahls bei dem Stadtpolizeiamt St. wieder auf und gab dem ihn zu Protokoll vernehmenden Kriminalassistenten dieser Behörde bei Schilderung des kritischen Vorgangs in der Wirtschaft des Privatklägers unter anderem an: „es kann nicht anders sein, als daß mir S., der mir das Portemonnaie aus der Tasche nahm, ohne daß ich es spürte, das Zehnmarkstück entwendet hat und

glaube, daß W. (der Privatkläger) dies mit ihm verabredet hat, solange ich ausgetreten war". Wegen dieses Bezichts stellte der Privatkläger wegen Beleidigung Strafantrag gegen den Angeklagten, welcher indes wie schon vom Schöffengericht so auch vom Berufungsgericht gemäß § 193 StGB. auf Grund der Annahme freigesprochen wurde, daß er die Strafanzeige gegen S. nebst der damit verbundenen Verdächtigung des Privatklägers wegen Anstiftung zum Diebstahl zur Ausführung eines Rechts und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht habe. Die Revision bekämpft die Anwendung der Schutzvorschrift des § 193 nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite.

In erster Linie wird geltend gemacht: der Angeklagte sei nach der vorausgegangenen Einstellung des Verfahrens seitens der beiden staatsanwaltlichen Behörden nur noch zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 170 StPO., nicht etwa aber zu einer Wiederholung der Anzeige bei der unzuständigen unteren Instanz ohne Beibringung neuer Tatsachen und Beweismittel berechtigt gewesen, das mit der wiederholten Anzeige möglicherweise verfolgte Interesse sei kein berechtigtes gewesen sowohl hinsichtlich des Vorwurfs der Eidesverletzung, über den die zuständige Behörde bereits entschieden gehabt habe, als hinsichtlich des Bezichts des Diebstahls bezw. der Anstiftung hiezu, weil die Staatsanwaltschaft im Meineidsverfahren bereits Kenntnis von diesem Verdacht hatte. Diese Auffassung ist nicht zutreffend und von einer Verkennung des Inhalts und Zwecks der Vorschrift des § 193 beeinflußt. Diese schützt die Ausführung von Rechten und die Wahrnehmung von Interessen, welche das Recht auch gegenüber dem Anspruch auf Achtung der Person anerkennt oder welche bei billiger verständiger Beurteilung der konkreten Sachlage als gerechtfertigt sich darstellen, und zwar muß die an sich beleidigende Kundgebung zum Zweck solcher Rechts- oder Interessenwahrung geschehen sein. Ob sie im Einzelfall hiezu objektiv geeignet und der einzig richtige Weg war, ebenso auch ob

sie in der etwa gesetzlich vorgeschriebenen Form oder Instanzenfolge geschah oder nicht, bildet kein Erfordernis für die Anwendung des § 193, falls nur die Kundgebung ernstlich zu dem angegebenen Zweck gemacht wurde, und nicht etwa aus der Wahl ungeeigneter Mittel und Wege vom Tatrichter auf eine Beleidigungsabsicht geschlossen wird. Ein anerkanntes Recht jedes Staatsbürgers aber ist es, zur Verfolgung strafbarer Handlungen bei der Polizeibehörde Anzeige zu erstatten und dem durch eine solche Handlung Geschädigten steht dieses Recht aus dem weiteren Grund seines gesetzlichen Anspruchs auf Schadloshaltung zu. Daß ein solcher dieses Recht wiederholt und hiebei nicht unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Instanzenzugs oder nicht unter sachgemäßer Benützung der zugelassenen Rechtsmittel ausübt, hebt an sich den Begriff berechtigter Interessenwahrung nicht auf und kann wohl im Einzelfall, muß aber nicht die auf tatsächlichem Gebiet liegende Annahme begründen, daß es dem Anzeigenden nicht um die Verfolgung seines Anspruchs, sondern bloß um Belästigung oder Beleidigung der von ihm verdächtigten Person zu tun sei. Vorliegend hat nun das Berufungsgericht unter Anführung tatsächlicher Gründe mittels der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung festgestellt, daß der Angeklagte bei seiner späteren Anzeige trotz der früheren Mißerfolge des guten Glaubens gewesen sei, es werde durch das einzuleitende behördliche Verfahren gelingen, die Schuld des S. wie die des Privatklägers zu erweisen, und daß er lediglich in solcher Absicht die Anzeige erstattet, hiemit in Ausführung eines jedem Staatsbürger zustehenden Rechts und ferner als durch die Wegnahme des Geldstücks Geschädigter in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe. Diese Feststellung ist soweit tatsächlicher Natur, in der Revisionsinstanz nicht anfechtbar und nach der rechtlichen Seite frei vom Verdacht einer irrtümlichen Auslegung des § 193, anderseits für die Anwendung desselben zureichend, sofern zugleich auch dessen Schlußsatz als nicht zutreffend erklärt wurde. Die gegen-

teiligen Ausführungen der Revision laufen auf eine Verwechslung des Inhalts eines Rechts oder berechtigten Interesses mit der Form seiner Geltendmachung hinaus, auch ist das Anzeigerecht des durch eine strafbare Handlung Geschädigten nicht mit seiner erstmaligen Anzeige und nach Beschreiten des ordentlichen Beschwerdewegs mit diesem, wie die Revision behauptet, erschöpft, vielmehr bleibt seine formale Befugnis, später weitere Anträge zur Aufklärung der Sache und zur Verfolgung verdächtiger Personen bezw. zur Wiederaufnahme eines geschlossenen Verfahrens zu stellen, an sich bestehen und Sache der zuständigen Behörde ist es, solche Anträge, soweit sie prozessual unzulässig oder sachlich unbegründet sind, ohne weiteres oder nach gemachten Erhebungen zurückzuweisen. So geschah es auch hier, das Stadtpolizeiamt stellte auf Grund der wiederholten späteren Anzeige Erhebungen an, teilte die Akten der Staatsanwaltschaft mit, und diese stellte das wiederholt eingeleitete Verfahren ein.

Hiemit erscheint auch der zweite Revisionsangriff, daß der vom Vorrichter angenommene Irrtum des Angeklagten über seine Berechtigung zur Veranlassung eines neuen Verfahrens ohne neues Beweismaterial als ein nicht beachtlicher Irrtum über die Tragweite des § 193 sich darstelle, ohne weiteres als hinfällig. Ueberdies ist die Annahme eines solchen Irrtums aus dem Berufungsurteil nicht ersichtlich, vielmehr dem Angeklagten nur sein guter Glaube nicht verworfen, daß das speziell wegen Diebstahls bisher noch nicht durchgeführte Ermittlungsverfahren eher zu einer Ueberweisung des Schuldigen führen werde. Insoweit hier ein Irrtum des Angeklagten in Frage steht, betrifft er nicht den Sinn und Zweck des § 193 oder überhaupt das Gebiet des Strafrechts, sondern einzig die Dienlichkeit des zur Ausführung des verfolgten Rechts benützten Mittels oder Weges, wäre also ein nach § 59 StGB. zu beachtender tatsächlicher Irrtum.

Urteil des Straffenats vom 10. Febr. 1904 in Privatklagsache W. gegen W. wegen Beleidigung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

9.

Beschwerderecht bei der Strafversetzung eines nicht auf Lebenszeit angestellten Beamten.

Ein Telegraphist hat gegen die von der Generaldirektion der Posten und Telegraphen verfügte Strafversetzung, eventuell gegen deren vermögensrechtliche Folgen, Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Die Beschwerde ist ohne sachliche Würdigung als unzulässig abgewiesen worden mit folgender Begründung:

Der Beschwerdeführer gehört als Telegraphist nach dem Beamtengesetz vom 28. Juni 1876 und nach dem die Beilagen zu diesem Gesetz neu regelnden Gesetz vom 14. Juni 1887 nicht zu den in Beilage I aufgeführten, auf Lebenszeit angestellten, sondern zu den in Beilage II unter Ziff. III bezeichneten unter dem Vorbehalt vierteljähriger Kündigung angestellten Staatsbeamten. Nachdem die Verfassungsurkunde in den §§ 43—53 die wesentlichen Grundsätze über die rechtliche Stellung der Staatsbeamten festgesetzt hatte, gab das Gesetz vom 28. Juni 1821 über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener, die sogenannte Dienstpragmatik, in § 3 eine nähere Bestimmung über die Beamten, die als Staatsdiener im Sinne der §§ 46—50 der Verfassungsurkunde gelten sollen, und traf sodann in § 4 bezüglich der nicht zu

den Staatsdienern in diesem Sinne gehörenden Beamten folgende Anordnungen:

„Diese Diener können auf vorgängig erfordertes Kollegialgutachten nach vorheriger einvierteljähriger Aufkündigung des Dienstes entlassen werden.

Diese Aufkündigung wird bei denjenigen Dienern, welche Wir selbst ernannt haben, von Uns auf den Vortrag des Departementschefs, bei anderen aber durch den letzteren, ohne Gestattung eines Rekurses, verfügt.

Vergehen gröberer Art können jedoch eine gleichbaldige Entlassung begründen, welche nach der eben erwähnten Verschiedenheit des Verhältnisses von Uns oder von dem Departementschef ausgesprochen wird. Bei Dienstversetzungen treten übrigens auch in Ansehung dieser Diener die Bestimmungen der Verordnung vom 28. Februar 1818 wegen Vergütung der Umzugskosten ein."

In dieser Verordnung ist ausdrücklich (§§ 1 und 3) allen Staatsdienern, die aus eigener Schuld versetzt werden, eine Vergütung der Umzugskosten versagt.

Das Beamtengesetz vom 28. Juni 1876 hat einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den auf Lebenszeit Angestellten und den sonstigen Beamten gemacht und bezüglich der letzteren in Anknüpfung an den § 4 der Dienstpragmatik mit Art. 20 Abs. 1 bestimmt:

„Die Entlassung der unter dem Vorbehalte der Kündigung oder des jederzeitigen Widerrufs angestellten Beamten erfolgt durch den König, wenn der Beamte durch Königliche Entschließung angestellt oder auf seiner Stelle bestätigt worden ist, andernfalls durch diejenige Behörde, welche die Anstellung verfügt oder bestätigt hat, ohne Gestattung eines Rekurses. Gegenüber den auf Kündigung angestellten Beamten kann in der vorbemerkten Weise wegen Vergehen gröberer Art die gleichbaldige Entlassung, wegen minder schwerer Verfehlungen, wofern nicht eine Ahndung durch Ordnungsstrafe (Art. 71) ausreicht, die Strafversetzung (Art. 72 Abs. 1) verfügt werden; gegen die sofort eintreten-

den vermögensrechtlichen Folgen der Entlassung oder Strafversetzung ist jedoch eine Beschwerde bis zum Geheimen Rate zulässig".

Unter dem hier erwähnten „Rekurs" kann nichts anderes verstanden werden, als der „Rekurs von Straferkenntnissen der Administrativstellen", der gemäß § 60 Ziff. 2 der Verfassungsurkunde unmittelbar an den Geheimen Rat geht, und die am Schlusse des Art. 20 Abs. 1 zugelassene „Beschwerde bis zum Geheimen Rat" ist in Gemäßheit des damals in Geltung gestandenen Rechts die in § 60 Ziff. 1 der Verfassungsurkunde genannte Rekursbeschwerde gegen Verfügungen der Departementsminister. In dieser Beziehung wird in dem Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten zu dem unverändert angenommenen Art. 20 des Entwurfs ausgeführt:

„Der letzte Satz des Absatzes 1 enthält die präzeptive Vorschrift, daß die vermögensrechtlichen Folgen der Entlassung oder Strafversetzung sofort eintreten. Mit Verlust des Amtes fällt der Gehalt, denn dieser ist mit dem Amte verbunden. Was das hiegegen vorbehaltene Beschwerderecht (Administrativjustizbeschwerde) betrifft, so ist solches geltendes Recht". (Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1875/76 I. Beil. Bd. 2. Abteilung S. 564.)

Im übrigen haben bei den landständischen Verhandlungen über diesen Punkt weitere Erörterungen nicht stattgefunden.

Gegenüber den in Art. 20 des Beamtengesetzes erwähnten Rechtsmitteln ist durch das Gesetz vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege die Aenderung eingetreten, daß nach Art. 73 dieses Gesetzes insoweit als bisher der Geheime Rat die Rechtsmittelinstanz gegen Straferkenntnisse bildete, der Verwaltungsgerichtshof an seine Stelle getreten ist und daß nach Art. 13 dieses Gesetzes die seitherige Administrativjustizbeschwerde im Sinne des § 60 Ziff. 1 der Verfassungsurkunde im wesentlichen durch die Rechtsbeschwerde im Sinne dieses Art. 13 ersetzt worden ist.

Hiemit ist die rechtliche Grundlage zur Würdigung der vorliegenden Beschwerde gegeben. Soweit diese gegen die von der Generaldirektion verfügte Strafversetzung selbst gerichtet ist, stellt sie sich als eine Rekurs- oder Strafbeschwerde nach Maßgabe des Art. 73 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 dar. Unter den vorliegenden Umständen ist diese Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer gehört als Telegraphist zu den auf Kündigung angestellten Beamten; die Generaldirektion, welche seine Anstellung verfügt hat, ist daher nach Art. 20 Abs. 1 des Beamtengesetzes berechtigt, ihn zu entlassen, insbesondere wegen Dienstverfehlungen sofort zu entlassen, oder zur Strafe auf eine andere Stelle zu versetzen, ohne daß gegen eine derartige Verfügung der Rekurs gestattet ist.

Soweit sich die Beschwerde eventuell gegen die mit der Strafe verbundenen Vermögensnachteile richtet, hat sie den Charakter einer Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876. Wenn diese Beschwerde auch an sich zulässig ist und beim Zutreffen der Voraussetzungen des Art. 13 begründet wäre, so erscheint sie doch im vorliegenden Falle gemäß Art. 59 Abs. 1 des erwähnten Gesetzes als unstatthaft, weil der Beschwerdeführer unterlassen hat, das ihm vorgesetzte Ministerium zunächst anzurufen, somit die Angelegenheit innerhalb des Instanzenzugs der Verwaltungsbehörden noch nicht zum Austrag gebracht ist. Da übrigens der Art. 72 Ziff. 1 des Beamtengesetzes deutlich vorschreibt, daß die Strafversetzung ohne Vergütung der Umzugskosten erfolgt, und weitere Vermögensnachteile mit der verhängten Strafversetzung nicht verbunden sind, ist nicht abzusehen, wie eine auf die vermögensrechtlichen Folgen der Strafversetzung beschränkte Rechtsbeschwerde im vorliegenden Fall sollte einen Erfolg haben können.

Urteil vom 7. März 1906 in der Beschwerdes. des Telegraphisten V. in St.

10.

Kann ein Unfallrenten-Berechtigter vermeintlich zu Unrecht überwiesene Rentenbeträge im verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahren von einer Krankenkasse zurückfordern?

Diese Frage, die das K. Sächsische Oberverwaltungsgericht mit einem in dessen Jahrbüchern Bd. 7 S. 151 ff. veröffentlichten Urteil vom 8. März 1905 bejaht hat, ist vom Württemb. Verwaltungsgerichtshof verneint worden mit nachstehender Begründung:

Den beklagten Ortskrankenkassen bestreitet der Kläger den rechtmäßigen Uebergang der Rentenanteile, die sie während seiner Erkrankungen in den Jahren 1898, 1899 und 1900 von der Brauerei- und Mälzerei-Berufsgenossenschaft im Gesamtbetrage von 32 M. 83 Pf. und von der Speditions-, Speicherei- und Kellerei-Berufsgenossenschaft im Betrag von 18 M. 56 Pf. erhalten haben. Ueber den Rentenübergang an Krankenkassen bestimmte der nach § 25 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. Juni 1900 (RGBl. S. 345) bis 31. Dezember 1902, also während der ganzen Dauer der in Betracht kommenden Unterstützungen des Klägers seitens der Beklagten in Geltung gestandene § 8 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) folgendes:

„Die Verpflichtung der eingeschriebenen Hilfskassen, sowie der sonstigen Kranken-, Sterbe-, Invaliden- und anderen Unterstützungskassen, den von Betriebsunfällen betroffenen Arbeitern Unterstützungen zu gewähren, wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Soweit auf Grund solcher Verpflichtung Unterstützungen in Fällen gewährt sind, in denen dem Unterstützten nach Maßgabe dieses Gesetzes ein Entschädigungsanspruch zusteht, geht der letztere bis zum Betrag der geleisteten Unterstützung auf die Kassen über, von welchen die Unterstützung gewährt worden ist."

Ueber die Art und Weise der Entscheidung von Streitig-

keiten aus dieser Bestimmung hat das Reichsgesetz vom 6. Juli 1884 nichts angeordnet, eine reichsgesetzliche Regelung dieser Frage hat vielmehr erst das Gesetz vom 30. Juni 1900 gebracht, wo in § 26 Abs. 2 (RGBl. S. 595) Streitigkeiten zwischen den Beteiligten über den Anspruch auf Ueberweisung von Rentenbeträgen dem Verwaltungsstreitverfahren zugewiesen werden. Doch hatte vorher schon das Württ. Ausführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 13. Mai 1890 (RBl. S. 86) in Art. 1 Abs. 2 Streitigkeiten „über den nach § 8 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 stattfindenden Uebergang von Ansprüchen Versicherter" unter Abänderung des Art. 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 den Kreisregierungen als Verwaltungsgerichten I. Instanz zur Entscheidung zugewiesen und es ist nicht daran zu zweifeln, auch in der Gesetzesbegründung, Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten 1889/90, I. Beil.-Bd., I. Abt. S. 260, ausdrücklich hervorgehoben, daß unter den Beteiligten, die als Parteien in einem solchen Rechtstreit auftreten können, Rentenempfänger, Berufsgenossenschaften und Krankenkassen zu begreifen sind.

Gleichwohl ist die erhobene Klage als unzulässig zu erachten.

Der § 8 des angeführten Gesetzes vom 6. Juli 1884 bestimmt die Fälle, in denen das Forderungsrecht des Rentenempfängers gegenüber der Berufsgenossenschaft kraft Gesetzes übergeht auf diejenige Kasse, aus welcher der Rentenempfänger Krankenunterstützung bezogen hat. Insolange dieser Rentenübergang von dem forderungsberechtigten Versicherten nicht anerkannt oder nicht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, kann die Berufsgenossenschaft eine Leistung mit Rechtswirkung nur an den Rentenempfänger, nicht aber an die Krankenkasse machen, und der Rentenempfänger hat insolange noch einen Anspruch an die Berufsgenossenschaft. So ist es auch im vorliegenden Falle, wo der Kläger von Anfang an Widerspruch gegen die Ableitung seiner Rente

an die Krankenkassen erhoben hat. Wie ihm aus dieser Ableitung an Stelle seines Rentenanspruchs gegenüber der Berufsgenossenschaft ein Anspruch an die beklagten Kassen hätte erwachsen sollen, ist rechtlich nicht zu begründen, keinenfalls aber läßt sich ein solcher aus § 8 des angeführten Gesetzes vom 6. Juli 1884 ableiten und es fällt demnach der vom Kläger geltend gemachte Entschädigungsanspruch überhaupt nicht unter die nach Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Mai 1890 und § 26 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. Juni 1900 der verwaltungsrichterlichen Entscheidung zugewiesenen Streitigkeiten.

Hienach war die erhobene Berufung auch in dieser Richtung zurückzuweisen, wie geschehen, ohne daß das sachliche Vorbringen der Parteien weiterer Erörterung zu unterziehen gewesen wäre.

Urteil vom 29. November / 6. Dezember 1905 in der BS. des Tagl. G. B. in St. g. die Ortskrankenkasse der Baugewerbe u. s. w. in St. ꝛc.

11.

Zum Begriff des zusammenhängenden Grundbesitzes im Sinne des Jagdgesetzes.

Der Kläger hatte den Zusammenhang mehrerer Grundstücke darauf gestützt, daß sie mit einer Ecke scheitelwinkelartig aneinander stoßen. Diesen Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof für ausreichend erachtet mit folgender Begründung:

Die Kreisregierung ist in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 12. Juni 1895 (Jahrb. der württ. Rechtspflege VII S. 355 ff.) von der Anschauung ausgegangen, daß mit dem Begriff des Grundbesitzes von selbst derjenige einer Fläche gegeben sei, daß also die Grundfläche zusammenhängen müsse, während es geometrisch unmöglich sei, daß beide Paare der scheitelwinkelartig zusammenstoßenden Grundstücke je unter sich als

Flächen aneinander grenzen, sie sich vielmehr nur in einem mathematischen Punkt berühren. Der Verwaltungsgerichtshof ist nach erneuter Prüfung der Frage nicht in der Lage, an der in der Entscheidung vom 12. Juni 1895 vertretenen Rechtsanschauung festzuhalten. Dieselbe geht von der Voraussetzung aus, daß ein Zusammenhang zwischen verschiedenen Grundflächen schon begrifflich ausgeschlossen sei, wenn sich diese nur in einem Punkte berühren, es wird also zu diesem Zweck die Berührung der beiden Grundflächen auf einer Linie für erforderlich erachtet. Alsdann erhebt sich sofort die Frage, welche Ausdehnung diese Linie haben muß, um einen dem Gesetz entsprechenden Zusammenhang zu vermitteln. Da das Gesetz ein Mindestmaß der den Zusammenhang vermittelnden Linie nicht vorschreibt und jede Ergänzung des Gesetzes in diesem Punkte rein willkürlich wäre, so wird man folgerichtig zu dem Ergebnis geführt, daß jede Berührung der beiden Grundflächen, wenn ihre Ausdehnung auch eine noch so geringe ist, genügt, um den vom Gesetz geforderten Zusammenhang herzustellen. Praktisch läßt sich aber eine derartige Berührung zweier Grundflächen von derjenigen in einem mathematischen Punkt nicht unterscheiden.

Das Gesetz selbst enthält keine Bestimmung darüber, wie der in Art. 2 Ziff. 1 desselben geforderte Zusammenhang des Grundbesitzes beschaffen sein muß, und auch aus den der Erlassung des Gesetzes vorausgegangenen Verhandlungen ist ein bestimmter Anhaltspunkt zur Entscheidung dieser Frage nicht zu entnehmen. Nur soviel steht fest, daß zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen weder das Vorhandensein eines abgerundeten Besitzes, noch überhaupt eine die geordnete Ausübung der Jagd ermöglichende Gestaltung desselben erforderlich ist, daß vielmehr die Tatsache eines zusammenhängenden Besitzes von mehr als 50 Morgen für sich allein genügt (Württ. Archiv Bd. 20 S. 389). Die gegenteilige Ansicht der Ver.-Bekl. findet weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes eine Stütze und kann auch durch den Hinweis auf die Bestimmungen in

Art. 2 Ziff. 2 bis 4 und Art. 3 des Gesetzes nicht begründet werden, da zwischen diesen und dem Art. 2 Ziff. 1 kein einen solchen Rückschluß rechtfertigender Zusammenhang besteht. In den Gesetzen anderer deutscher Staaten, so insbesondere in § 2 lit. a des preußischen Jagdpolizeigesetzes vom 7. März 1850, ist der vom Gesetz geforderte Zusammenhang des zur eigenen Ausübung der Jagd berechtigenden Grundbesitzes näher dahin bezeichnet, daß derselbe durch kein fremdes Grundstück unterbrochen sein dürfe. Bei dem Zusammenhang, in welchem die Gesetzgebung der deutschen Staaten auf diesem Gebiete untereinander steht und im Hinblick darauf, daß bei der Beratung über den Art. 2 des württ. Jagdgesetzes in der Ständeversammlung auf die Bestimmung in § 2 des preußischen Gesetzes Bezug genommen worden ist, erscheint die Annahme begründet, daß der Art. 2 des württ. Gesetzes von dem gleichen Begriff eines zusammenhängenden Grundbesitzes ausgeht, wie der § 2 des preußischen Gesetzes, daß es also für die Erfüllung dieses Begriffes genügt, wenn sich die mehreren Grundstücke eines Besitzers, gleichviel auf welche Ausdehnung, berühren, ohne durch fremde Grundstücke, abgesehen von Wegen, Flüssen und Bächen, von einander getrennt zu sein. Unterstützt wird diese Auslegung durch die Erwägung, daß nach Art. 1 des Gesetzes vom 27. Oktober 1855 die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden grundsätzlich ein Ausfluß des Grundeigentums ist, und daß die in Art. 2 ff. des Gesetzes angeordneten Beschränkungen in der Ausübung dieser Berechtigung nach allgemeinen Regeln streng auszulegen sind. Hienach muß angenommen werden, daß der vom Gesetz geforderte Zusammenhang auch schon durch die Berührung der Grundstücke in einem P u n k t e hergestellt wird, zumal in einem solchen Fall der Besitzer von dem einen auf das andere Grundstück gelangen kann, ohne fremde Grundstücke zu betreten. Der Verwaltungsgerichtshof befindet sich hiebei in Uebereinstimmung mit der Auslegung, welche das K. Preußische Oberverwaltungsgericht dem § 3 Abs. 2 des in der be-

zeichneten Hinsicht mit dem preußischen Gesetz vom 7. März 1850 übereinstimmenden kurhessischen Jagdgesetzes vom 7. September 1865 gegeben hat (Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 36 S. 370).

Urteil vom 21. März 1906 in der VS. der Wtw. B. in M. g. die Gesamtgemeinde M.

12.

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf bei Berechnung des Abzugs im Sinne des Art. 16 Abs. 3 Einkommensteuergesetzes nur das Stammkapital, nicht auch Nachschußzahlungen berücksichtigen.

Aus den Gründen:

1. In erster Linie beansprucht die Beschwerdeführerin einen weiteren Abzug von 3% aus den Nachschußzahlungen von 73500 M. Nach Art. 16 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes darf bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung behufs Milderung der sich aus der gleichzeitigen Besteuerung der Gesellschaft und der Gesellschafter bezüglich der Gewinnanteile ergebenden Doppelbesteuerung an dem nach Art. 16 Abs. 1 und 2 berechneten steuerbaren Einkommen der Gesamtbetrag der an die Gesellschafter verteilten Gewinnanteile bis zum Höchstbetrag von 3% des eingezahlten Stammkapitals in Abzug gebracht werden. Im vorliegenden Falle beläuft sich das eingezahlte Stammkapital, dessen Betrag gemäß § 3 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 846 ff.) im Gesellschaftsvertrag zu bezeichnen und nach § 10 des Gesetzes im Handelsregister einzutragen ist, das auch nach § 30 Abs. 1 des Gesetzes in seinem Bestande unvermindert erhalten werden muß, unbestrittenermaßen auf 21000 M., und aus diesem Betrage ist der gesetzliche Höchstbetrag mit 3% abgezogen worden. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen weiteren Abzug von 3% aus den Nach-

schußleistungen findet weder in dem bestimmten und klaren Wortlaut des Gesetzes noch in dessen Entstehungsgeschichte irgend einen Anhalt (vgl. Göz, Einkommensteuergesetz S. 213). Rechtlich stehen diese Nachschüsse nicht auf einer Linie mit dem Stammkapital. Während letzteres ein unumgängliches Erfordernis für jede Gesellschaft mit beschränkter Haftung bildet, sieht das Reichsgesetz die Nachschüsse nur als eine mögliche im Gesellschaftsvertrag zu bestimmende Einrichtung vor (§ 26 Abs. 1); auch unterliegen die Nachschüsse nicht durchaus den gleichen Vorschriften wie das Stammkapital: bei dem Stammkapital haften sämtliche Gesellschafter für einen bei einem einzelnen Gesellschafter sich ergebenden Fehlbetrag, nicht aber bei den Nachschüssen (§ 24 verglichen mit §§ 27 und 28); auch können Nachschüsse im Unterschied vom Stammkapital, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, unter Beobachtung der Vorschriften des § 30 Abs. 2 des Reichsgesetzes an die Gesellschafter zurückbezahlt werden. In wirtschaftlicher Beziehung kann der Beschwerdeführerin zugegeben werden, daß in ihrem Betriebe die in das werbende Gesellschaftsvermögen übergegangenen und daselbst auf die Dauer verbleibenden Nachschüsse dieselbe Aufgabe erfüllen, wie das Stammkapital; allein der Regel wird es entsprechen, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung das unter normalen Verhältnissen und für die Dauer erforderliche Betriebskapital in der Form des Stammkapitals und durch Aufnahme fremden Kapitals sich beschafft und Nachschußleistungen außerordentlichen Aufwendungen vorbehält; dieser regelmäßigen Lage der Verhältnisse ist die gesetzliche Anordnung in Art. 16 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes angepaßt. Jedenfalls darf aber nach allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen eine gesetzliche Bestimmung nicht deshalb über den unzweideutigen Wortlaut hinaus auf einen hiernach nicht in ihren Bereich fallenden Gegenstand ausgedehnt werden, weil im einzelnen Fall der Grund, dem sie ihre Entstehung verdankt, auch auf diesen weiteren Gegen-

stand passen würde. Solange die Beschwerdeführerin es für zweckmäßig erachtet, das für den Betrieb der Dampfziegelei erforderliche Kapital durch Nachschußleistungen der Gesellschafter zu beschaffen, hat sie auch die nach dem Wortlaut des Gesetzes sich daraus ergebenden steuerlichen Folgen auf sich zu nehmen.

Der Hinweisung der Beschwerdeführerin auf die Berücksichtigung der Genußscheine von Aktiengesellschaften bei dem Abzug des Art. 16 Abs. 3 kommt eine Bedeutung nicht zu; mit Genußscheinen werden im kaufmännischen Verkehr verschiedenartige Verhältnisse bezeichnet; die Frage, ob Genußscheine für den fraglichen Abzug in Betracht kommen, kann nur unter Würdigung ihrer Bedeutung im einzelnen Fall entschieden werden (vgl. Göz a. a. O. S. 213 Note 3).

2. Eventuell beansprucht die Beschwerdeführerin den Abzug von 5% Zinsen aus dem Betrag der Nachschüsse an dem steuerbaren Einkommen. Nach Art. 9 Ziff. I, 4 dürfen jedoch nur die von dem Steuerpflichtigen nachgewiesenermaßen zu entrichtenden Schuldzinsen abgezogen werden; vorausgesetzt ist also das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung zur Zinszahlung. Die Beschwerdeführerin vermag aber nicht zu behaupten, daß sie zur Zahlung von irgend welchen Zinsen aus den von den Gesellschaftern bezahlten Nachschüssen verpflichtet ist; auch für die Verteilung des Reingewinns der Gesellschaft unter die Gesellschafter kommt den Nachschüssen, wie in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt ist, eine praktische Bedeutung nicht zu. Der Anspruch auf einen Abzug von Schuldzinsen ist hiernach völlig unbegründet.

Urteil vom 16. Mai 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Dampfziegelei W.

13.

Einkommensteuer der Aktiengesellschaften: Steuerfreiheit von Zuwendungen an den Pensionsfonds? Berechnung des Zuschlags für bezahlte Steuern?

In der Begründung eines Urteils sind vorstehende Fragen folgendermaßen gewürdigt:

1. Steuerpflicht der Zuwendungen an den Pensionsfonds.

Nach dem Inhalt der vorgelegten „Statuten für den Pensionsfonds der Angestellten der Württembergischen Hypothekenbank in Stuttgart" haben die Aktionäre der Gesellschaft in der Generalversammlung vom 16. April 1874 einen erstmaligen Beitrag zur Errichtung eines Unterstützungsfonds für Angestellte der Bank bewilligt und diesem Fonds seither jährliche Beiträge hinzugefügt. Dieser unter dem Namen „Pensionsfonds der Angestellten" in den Büchern der Bank vorzutragende Fonds verbleibt ebenso, wie die demselben künftig noch anwachsenden Zuwendungen, in dem Vermögen der Aktiengesellschaft, jedoch mit der Zweckbestimmung, den gemäß dem Statut angestellten Beamten und Dienern der Bank, sowie deren Witwen und Waisen eine Pension oder Sustentation zu gewähren. (Statuten Ziffer I.) Diesen Angestellten ist von der Gesellschaft ein Anspruch auf den Pensionsfonds nach den näheren Bestimmungen der Statuten eingeräumt (a. a. O. Ziffer II). Die Berechtigung des einzelnen Angestellten zur Teilnahme an dem Pensionsfonds wird von dem Aufsichtsrat zuerkannt (a. a. O. Ziffer II § 1). Die Gelder des Pensionsfonds werden von der Bank zu dem ordentlichen Pfandbriefzinsfuße verzinst. Nach außen wird das Pensionsinstitut durch die Direktion der Bank gültig und vollkommen vertreten. Für die Ueberwachung der Verwaltung und für die gemeinsame Vertretung aller Ansprüche der Angestellten an den Pensionsfonds ist eine Verwaltungskommission von 5 Mitgliedern

eingesetzt, bestehend aus dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats oder dessen Stellvertreter, aus 2 Vorstandsmitgliedern und aus 2 Beamten der Bank; diese Verwaltungskommission hat zu entscheiden über die Anträge auf Versetzung in den Pensionsstand und Festsetzung der Pensionsbeträge, über Bewilligung von Sustentationen und Unterstützungen, über den Verlust des Rechts auf Bezug der Pension, über die Entziehung und Reduktion von Pensionen und Sustentationen, sowie über alle wegen Ansprüche an diesen Fonds erwachsenden Streitigkeiten (a. a. O. § 8). Werden die Beschlüsse der Kommission vom Aufsichtsrat beanstandet, oder mit einer Beschwerde der Beteiligten angefochten, so hat der Aufsichtsrat das Recht, die Sache zu nochmaliger Beratung an die Kommission zurückzuverweisen und zu diesem Zweck die Kommission durch 2 von ihm delegierte zur Mitabstimmung berechtigte Mitglieder zu verstärken. Bei der Entscheidung der verstärkten Kommission, die mit einfacher Stimmenmehrheit erfolgt, hat es unbedingt und endgültig unter Ausschluß jedes anderen Rechtsmittels sein Bewenden (a. a. O. § 9). Derjenige Kapitalbestand, der jeweils aus den von der Generalversammlung bewilligten Beiträgen ohne Zinsen angewachsen ist, darf nur auf übereinstimmenden Beschluß des Aufsichtsrats und der Verwaltungskommission angegriffen werden und, wenn die Erträgnisse des Pensionsfonds und etwaige Zuschüsse zu Zahlung der Pensionen und Sustentationen nicht ausreichen, müssen die Berechtigten sich eine verhältnismäßige Reduktion ihrer Ansprüche gefallen lassen (a. a. O. § 10). Im Falle einer Auflösung der Gesellschaft kommt ein Anspruch auf diesen Fonds allen im Dienste der Bank oder im Pensionsstand lebenden Angestellten und den im Genusse einer Pension stehenden Hinterbliebenen verstorbener Angestellten nach dem Verhältnis der ihnen auf diesen Zeitpunkt zustehenden Pensionsbeträge zu. Mit der entsprechenden Verteilung des Pensionsfonds erlischt jeder weitere Anspruch an die Gesellschaft (a. a. O. § 11). Eine Betretung des Rechtswegs gegen die Entscheidungen der

verstärkten Verwaltungskommission ist mit dem Verlust des Pensionsanspruchs bedroht (a. a. O. § 13).

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Steuerpflicht der Zuweisungen an den Pensionsfonds ihrer Angestellten im Gesamtbetrage von 18 798 M., da es sich hiebei nicht um eine Vermehrung des Vermögens der Gesellschaft, sondern um die Deckung einer Schuld der Gesellschaft gegenüber ihren Angestellten handle. Das K. Finanzministerium dagegen bejaht in der angefochtenen Entscheidung die Steuerpflicht mit folgenden Erwägungen: Der Pensionsfonds verbleibe nach den Statuten Ziffer I im Vermögen der Bank; er sei kein selbständiger Rechtsträger, weder komme ihm die Eigenschaft einer juristischen Person zu, noch könne ein Verein unterstellt werden; er könne daher nur als ein abgesondert verwalteter Vermögensteil der Bank angesehen werden. Bei der Ausscheidung dieses Fonds handle es sich um nichts anderes, als um die Bildung eines Reservefonds; bei dem Mangel der freien Verfügungsmöglichkeit über den Pensionsfonds werde die Bank wohl in ihrem Verfügungsrecht, nicht aber in ihrem Vermögen geschmälert. Ein fester, unter allen Umständen durchführbarer Rechtsanspruch sei den Teilhabern an dem Pensionsfonds in den Statuten nicht eingeräumt. Selbst wenn aber auch eine bindende Verpflichtung der Bank zur ungeschmälerten Bezahlung der statutenmäßigen Pensionen ihrer Angestellten anzuerkennen wäre, würde sich immer noch die Frage aufwerfen, ob die Zuweisungen an den Pensionsfonds nach kaufmännischem Gebrauch in die Bilanz gehören. Da die Verpflichtung zur Pensionszahlung zu den regelmäßigen Betriebskosten gehören, erscheinen die Zuweisungen an den Pensionsfonds nicht als abzugsfähig.

Mit dem Finanzministerium ist anzuerkennen, daß im vorliegenden Falle dem Pensionsfonds die Eigenschaft einer juristischen Person nicht zukommt und daß er auch nicht im Eigentum einer von der Beschwerdeführerin verschiedenen juristischen Person, insbesondere nicht im Eigentum eines die

Angestellten der Bank umfassenden rechtsfähigen Vereins steht; der Pensionsfonds nebst den in Frage stehenden Zuwendungen verbleibt, wie die Statuten ausdrücklich hervorheben, im Vermögen und damit auch, soweit eine tatsächliche Ausscheidung stattfindet, formell juristisch im Eigentum der Beschwerdeführerin. Die Steuerfreiheit der Zuwendungen kann daher nicht darauf gestützt werden, daß ein diesen Zuwendungen entsprechender Wertbetrag aus dem Vermögen der Bank ausgeschieden und auf eine andere Person übertragen worden ist, und aus diesem Grunde die Annahme einer steuerpflichtigen Vermehrung des Vermögens im Sinne des Art. 9 Ziff. II, 1 und des Art. 16 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 entfällt.

Auf der anderen Seite ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, daß sich aus den von der Beschwerdeführerin ihren Angestellten zugestandenen statutenmäßigen Pensionsberechtigungen rechtlich bindende Verpflichtungen, wahre Schulden der Beschwerdeführerin ergeben. Allerdings ist den Angestellten zur Geltendmachung ihrer Ansprüche das Anrufen der ordentlichen Gerichte untersagt, auch müssen sie sich bei der Unzulänglichkeit des Pensionsfonds unter Umständen eine Verkürzung ihrer Ansprüche gefallen lassen; allein dadurch, daß sie im Streitfalle mit ihren Ansprüchen auf das schiedsrichterliche Verfahren vor der Verwaltungskommission verwiesen sind und die Haftung der Bank auf einen gewissen Gesamtbetrag beschränkt ist, wird die zwingende Kraft ihrer Ansprüche, denen auf Seiten der Bank verpflichtende Schulden gegenüberstehen, nicht berührt. Auch im Falle eines Konkurses der Bank kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Angestellten der Bank ihre Pensionsansprüche als Konkursgläubiger geltend zu machen berechtigt sind. Soweit Angestellte schon im Genusse von Pensionen stehen, kommen für das Steuerjahr 1905 fällige Schulden in Betracht, im übrigen handelt es sich um bedingte, um künftig mögliche Schulden aus bestimmt gegebenen Rechtsverhältnissen. Nach den Vorschriften

des Handelsgesetzbuchs über die Aufstellung der Bilanzen (§ 40 und 261) und nach der kaufmännischen Uebung ist die Bank befugt, einen der Größe dieser Schulden gleichkommenden Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung auszuschließen, anzusammeln und zur Deckung der genannten Verbindlichkeiten für die Zukunft zu reservieren. In dieser Hinsicht äußert sich zutreffend Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 2. Auflage, 1898 S. 258: „Hat eine Gesellschaft die Rechtspflicht übernommen, Pensionen zu zahlen, so muß der schätzungsweise kapitalisierte Betrag als Passivum in die Bilanz eingesetzt werden. Ein solches Passivum stellt eine Schuld der Gesellschaft dar. Denn wenn die Gesellschaft allen ihren Beamten gegenüber die klagbare Verpflichtung übernimmt, jährliche Renten in Zukunft zu zahlen, wenn sie nicht mehr arbeitsfähig sind, so steht sie ihren Beamten insoweit nicht anders gegenüber, als eine Rentenversicherungsanstalt ihren Versicherten. Sie muß der Rentenzahlungspflicht durch Einsetzung des geschätzten Schuldbetrags in das Passivum Ausdruck geben und ist nach dieser Richtung auch dann nicht frei, wenn sie diese Schuld Pensionsfonds bezeichnet. Die Bilanz ist vielmehr in einem solchen Falle erst dann eine zutreffende, wenn ein dem Passivum „Pensionsfonds“ gleichkommender Kapitalbetrag die an ihn nach der Zahl der Berechtigten zu stellenden Ansprüche nach der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu befriedigen vermag“. Auch der Verfasser der in der angefochtenen Entscheidung angezogenen Schrift „Die Fonds der Aktiengesellschaften und die Preußische Gewerbesteuer“ Berlin 1898 anerkennt, daß bei dem Bestehen einer bindenden Verpflichtung zur Zahlung von Pensionen der Pensionsfonds einen steuerfreien Schuldfonds darstellen kann, der nur eine Richtigstellung des Vermögens bezweckt (vgl. S. 20, 33). Fuisting in seinem Kommentar zum Preußischen Einkommensteuergesetze, 6. Auflage S. 249, bemerkt zu dem in der vorliegenden Frage mit dem württembergischen Gesetz Art. 16 übereinstimmenden § 16: „Haben die Beamten einer Aktiengesellschaft einen statuten-

mäßigen Rechtsanspruch auf Pensionen und Unterstützungen aus einer der Gesellschaft nicht als selbständiges Rechtssubjekt gegenüberstehenden Kasse, so hängt die Steuerpflichtigkeit der dieser Kasse von der Gesellschaft zugeführten Beträge davon ab, ob die Zuwendungen die — nötigenfalls unter Zuziehung eines mit dem Lebensversicherungswesen vertrauten Sachverständigen zu berechnende — statutenmäßige Gesamtbelastung der Kasse übersteigen".

Wenn die Beschwerdeführerin ihren Angestellten in ähnlicher Weise wie bei den Staats- und Gemeindebeamten Pensionsrechte gewährt, so will sie sich damit die Gewinnung und Erhaltung tüchtiger Beamten erleichtern; wie die Gehälter dieser Angestellten, so gehören auch die an sie bezahlten Pensionen zu den Betriebsausgaben im Sinne des Art. 9 Ziffer I, 1 des Einkommensteuergesetzes; von den Gehältern unterscheiden sie sich jedoch einerseits dadurch, daß sie in den einzelnen Jahren nicht mit derselben Gleichmäßigkeit anfallen, sondern in ihrem Anfalle mehr durch zufällige nicht vorherzusehende Umstände bedingt sind, andererseits dadurch, daß sie — was in der angeführten Schrift „Die Fonds der Aktiengesellschaften u. s. w." S. 23 verkannt wird —, nicht in einer unmittelbaren Beziehung zu dem geschäftlichen Ertrage stehen, soferne hier der Verbindlichkeit nicht ein gleichwertiges den geschäftlichen Ertrag förderndes Recht gegenübersteht, woraus sich auch rechtfertigt, daß sie ebenso, wie in den Rechnungen des Staats und der Gemeinden nicht unter den Ausgaben der laufenden Verwaltung, sondern zusammengefaßt in einem besonderen Abschnitt nachgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin kann ihre Rechnungsführung so einrichten, daß die jährlich anfallenden Pensionsleistungen nach ihrem jeweiligen wirklichen Betrag unter die Betriebsausgaben eingestellt werden; für diesen Fall wird die Abzugsfähigkeit und Steuerfreiheit der Pensionsbeträge von dem K. Finanzministerium nicht beanstandet. Es bleibt aber der Beschwerdeführerin auch unbenommen und darf wohl als eine rationellere Wirtschafts-

führung bezeichnet werden, daß sie zur Deckung der Pensionslast vorsorglich aus den geschäftlichen Ueberschüssen allmählich einen Fonds ansammelt und zurückstellt, der dem wechselnden Bedarf an Pensionsbeträgen genügt und deren Befriedigung für die Zukunft sichert.

Nach seiner Zweckbestimmung stellt sich ein solcher Fonds als ein Betriebsfonds dar, der der laufenden Verwaltung eine bestimmte Art von Betriebsausgaben abnimmt und so für die Zukunft eine Vermehrung der unter die Aktionäre verteilbaren Ueberschüsse zur Folge hat. Werden in dieser konzentrierten Form Mittel zur Zahlung von Pensionen bereit gestellt, so verlieren sie dadurch nicht die wirtschaftliche Natur von Betriebsausgaben; der Pensionsfonds der Beschwerdeführerin wird „zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung des Einkommens" (Art. 9 Ziff. I, 1) nicht aber „zur Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts" (Art. 16 Abs. 1) verwendet; er hat nicht den Charakter eines zur freien Verfügung der Gesellschaft verbleibenden Reservefonds, läßt sich vielmehr mit den Rücklagen vergleichen, die bei den Versicherungsgesellschaften zur Deckung der Versicherungssummen bestimmt werden und steuerfrei bleiben (Art. 16 Abs. 1) vgl. Simon a. a. O. S. 190 ff.

Ist so der Pensionsfonds der Beschwerdeführerin zur Deckung von Schulden der Gesellschaft bestimmt, und fallen die aus diesem Fonds zu bestreitenden Ausgaben unter den Begriff der Betriebsausgaben, so läßt sich die mit der angefochtenen Entscheidung bestätigte Heranziehung der Zuwendungen an diesen Pensionsfonds nicht aufrecht erhalten.

Eine Grenze ist jedoch der Steuerfreiheit solcher Zuwendungen gezogen; sie dürfen in ihrer Gesamtheit die Schuld der Gesellschaft aus den laufenden Pensionsverträgen, deren Zeitwert auf Grund von Wahrscheinlichkeitsberechnungen zu schätzen ist, nicht übersteigen. In der Bilanz der Beschwerdeführerin auf 31. Dezember 1904 ist der „Pensionsfonds für Angestellte der Bank" mit 238 507 M. unter die

Passiven eingestellt; hiernach kann die Annahme, daß die zulässige Grenze mit den fraglichen Zuwendungen überschritten ist, als ganz unwahrscheinlich beiseite gelassen werden und die Anordnung weiterer Erhebungen in dieser Richtung unterbleiben.

Mit der vorstehenden Auffassung steht auch bei gleicher Rechtslage die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts im Einklang. In einem Urteil vom 16. Juni 1899 (Entscheidungen in Staatssteuersachen Bd. 8 S. 255), auf das in einem späteren Urteil vom 13. Januar 1904 verwiesen ist (a. a. O. Bd. 11 S. 222), wird ausgeführt: „In dem zweiten Punkt, daß die aus den Ueberschüssen bewirkte Vermehrung des Beamtenunterstützungsfonds zu Unrecht als steuerpflichtig in Anspruch genommen sei, erweist sich die Beschwerde als unbegründet, denn die Steuerpflicht dieser Rücklagen würde nur dann ausgeschlossen sein, wenn entweder ein der Steuerpflichtigen als besonderes Rechtssubjekt gegenüberstehender Fonds in Frage kommen oder wenn dargetan würde, daß die Vermehrung auf Grund einer der Steuerpflichtigen schon jetzt obliegenden und in der Bilanz zu berücksichtigenden Verpflichtung gegen ihre Beamten erfolgt sei. Nach beiden Richtungen ist von der Steuerpflichtigen nichts angeführt (vgl. auch a. a. O. Bd. 8 S. 181).

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß die Auffassung der Steuerbehörden zu einer unbilligen Doppelbesteuerung führen würde, die nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein dürfte; denn die zur Bezahlung von Pensionen verwendeten Geldbeträge würden einmal bei der Ueberweisung an den Pensionsfonds in der Hand der Aktiengesellschaft und sodann ein zweites Mal bei dem Bezug seitens der Pensionsberechtigten in deren Hand von der Einkommensteuer betroffen.

2. Die Größe des Zuschlags für bezahlte Steuern.

Die angefochtene Entscheidung geht von folgenden Erwägungen aus: Nach Art. 9 des Einkommensteuergesetzes

seien Steuern des laufenden Jahres und nicht Steuern des Vorjahres abzugsfähig; die diesbezüglichen Vorschriften des Art. 9 gelten auch für den in Art. 16 Abs. 1 vorgesehenen Zuschlag von Steuern, dieser Zuschlag habe daher nicht nur die ausdrücklich genannten Kommunalsteuern, sondern auch die staatlichen Steuern mit Ausnahme der in Art. 9 Ziff. I, 3 genannten zu umfassen. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, daß der Art. 16 die Frage, was zu dem steuerbaren Einkommen der juristischen Personen gehöre, erschöpfend regle und der Anwendung der Vorschriften des Art. 9 daneben keinen Raum lasse und bestreitet weiterhin, daß das Einkommensteuergesetz auf dem grundsätzlichen Standpunkt stehe, die direkten Steuern seien an dem Roheinkommen nicht abzugsfähig, und daß eventuell für die abzugsfähigen staatlichen Steuern der Betrag des laufenden Jahres maßgebend sei.

In Art. 16 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes sind als steuerbares Einkommen der Aktiengesellschaften bezeichnet:

1. die geschäftlichen Ueberschüsse, welche als Aktienzinsen oder Dividenden an die Mitglieder verteilt oder ihnen gutgeschrieben werden;

2. die zur Tilgung der Kapitalschulden oder des Grundkapitals, zur Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts, zur Bildung von Reservefonds verwendeten Beträge;

3. der Betrag der von den Gemeinden und Amtskörperschaften erhobenen Ertrag- und Einkommensteuern.

In erster Linie wirft sich die Frage auf, ob der Art. 16 Abs. 1 eine erschöpfende Aufzählung der steuerbaren Bestandteile der Einnahmen der Aktiengesellschaften bezweckt, oder ob auf Grund sonstiger Bestimmungen des Steuergesetzes den in Art. 16 Abs. 1 bezeichneten Beträgen noch weitere als steuerpflichtig hinzugefügt werden dürfen. Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage muß vor allem der allein verabschiedete Wortlaut des Gesetzes sein um so mehr, als im Laufe der landständischen Verhandlungen

vielfach unter sich abweichende Behauptungen über die Auslegung und die praktische Tragweite des Wortlauts von den Beteiligten aufgestellt worden sind. Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 spricht entschieden dafür, daß er eine erschöpfende Regelung des Umfangs des steuerbaren Einkommens der juristischen Personen bezweckt. Andernfalls würde offenbar dieser Artikel die ihm im System des Gesetzes zukommende Aufgabe, über diesen Umfang klare, bestimmte für die Steuerbehörden und die Steuerpflichtigen verständliche Bestimmungen zu geben, nicht erfüllen. Auch die Ausdrucksweise läßt kaum eine andere Auslegung zu: wenn die genannten Beträge „als steuerbares Einkommen gelten", so wird damit nach dem juristischen Sprachgebrauch zum Ausdruck gebracht, daß sie ohne weitere Untersuchung, ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Entstehung und Bedeutung als steuerbares Einkommen anzusehen und zu behandeln sind; der Gebrauch des Wortes „gelten" weist darauf hin, daß hier im Interesse einer leichten und praktischen Anwendung des Gesetzes durchgreifende Regeln, bestimmte positive Merkmale der steuerbaren Einkommensteile gegeben werden wollen. Die ausdrückliche Beschränkung des Steuerzuschlags auf den „Betrag der von den Gemeinden und Amtskörperschaften erhobenen Ertrag- und Einkommensteuern" läßt in ungezwungener Weise nur die Deutung zu, daß sonstige Steuern insbesondere staatliche Steuern von diesem Zuschlag ausgenommen sind. In dem Art. 9 Ziff. II, 4, der am Schlusse des Art. 16 Abs. 1 in Klammern gestellt angeführt wird, sind die von den Gemeinden und Amtskörperschaften erhobenen Ertrag- und Einkommensteuern als nicht abzugsfähig bezeichnet. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Gesetz im Widerspruch mit seinem unzweideutigen Wortlaut auch alle nicht abzugsfähigen staatlichen Steuern in den Steuerzuschlag einbeziehen will; dieses Zitat findet eine ausreichende Erklärung darin, daß hiemit auf den legislativen Grund dieses Zuschlags hingewiesen werden

wollte; dieser legislative Grund darf aber nach allgemein anerkannten Auslegungsregeln nicht zu einer Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut hinaus benützt werden. In dem Art. 16 Abs. 1 findet sich keine Bestimmung des Begriffs der geschäftlichen Ueberschüsse; dem K. Finanzministerium ist darin beizustimmen, daß zur Auslegung und Feststellung dieses Begriffs auf die sonstigen Vorschriften des Gesetzes insbesondere die Art. 9 und 13 zurückzugreifen ist. Allein dieser Begriff kommt für die Hinzurechnung des Steuerbetrags gar nicht in Frage; dieser Steuerbetrag wird im Unterschiede zu den sonstigen steuerbaren Einkommensteilen nicht aus den geschäftlichen Ueberschüssen entrichtet; er gehört vielmehr nach seiner wirtschaftlichen Natur und nach den handelsgesetzlichen Bilanzgrundsätzen zu den Geschäftsunkosten, die aus dem geschäftlichen Rohertrag gedeckt werden, im Soll der Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt sind, und den Betrag der steuerbaren Ueberschüsse mindern. Hieraus ergibt sich auch, daß sich dieser Steuerzuschlag als eine Ausnahmevorschrift darstellt, die nicht ausdehnend ausgelegt werden darf.

Ist nach dem Ausgeführten der Steuerzuschlag auf die im Gesetz genannten Kommunalabgaben beschränkt, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß für die Höhe des Zuschlags lediglich der Betrag maßgebend ist, der in dem dem Steuerjahr vorangegangenen Geschäftsjahr der Beschwerdeführerin, d. h. im Kalenderjahr 1904 tatsächlich bezahlt worden ist, denn bei dem Beginn des Steuerjahres war noch durchaus ungewiß, welche Kommunalabgaben auf Grund des staatlichen Finanzgesetzes und der Beschlüsse der bürgerlichen Kollegien der Stadt Stuttgart zur Erhebung kommen; diese Kommunalabgaben hatten daher den steuerlichen Charakter von unbestimmten Ausgaben im Sinne des Art. 10, für die das Ergebnis des Vorjahres maßgebend ist. Außerdem ist in Art. 16 Abs. 1 nur von „erhobenen" Steuern die Rede.

Sind hiernach gemäß Art. 16 Abs. 1 für den Steuerzuschlag die staatlichen Steuern ganz außer Betracht zu lassen, so kann von einer Erörterung der bestrittenen Frage abgesehen werden, ob für den Betrag der abzugsfähigen staatlichen Ertragssteuern (Art. 9 Ziff. I, 3) das laufende Steuerjahr oder das ihm vorausgegangene Geschäftsjahr entscheidend ist.

Im Einklang mit der vorstehenden Auslegung des Art. 16 Abs. 1 stehen die Vorschriften des Art. 45 Abs. 4 und des Art. 46 Abs. 4. Hiernach haben die Aktiengesellschaften mit der Steuererklärung ihre Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse, sowie die darauf bezüglichen Beschlüsse der Generalversammlungen vorzulegen und in der Steuererklärung außer der Summe der an die Mitglieder verteilten oder gutgeschriebenen Aktienzinsen und Dividenden anzugeben „die Verwendungen zur Tilgung von Kapitalschulden oder des Grundkapitals zur Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts sowie zur Bildung von Reservefonds und den Betrag der in Art. 9 II Ziff. 4 genannten Ertrag- und Einkommensteuern". In den Geschäftsberichten und Jahresabschlüssen werden nach bestehender Uebung die entrichteten Steuern nur mit Gesamtbeträgen aufgeführt, eine Ausscheidung der staatlichen Ertragssteuern im Sinne des Art. 9 Ziff. I, 3 findet dabei nicht statt. Diesen Schriftstücken kann daher der nach der Ansicht der Steuerbehörden steuerpflichtige Steuerbetrag nicht entnommen werden; für die Bemessung dieses Betrags würde daher den Steuerbehörden die Grundlage fehlen; hätte der Gesetzgeber über den Betrag der Kommunalabgaben hinaus weitere Steuerbeträge für einkommensteuerpflichtig erklären wollen, so hätte er vernünftigerweise und folgerichtig auch die Bezeichnung ihres Betrags in der Steuererklärung anordnen müssen. Unterstützt wird die hier vertretene Auslegung durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Art. 16 Abs. 1 ist dem § 16 Abs. 1 Satz 1 des Preußischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 nachgebildet; nur

ist in dem Preußischen Gesetz die Hinzurechnung des Betrags der Kommunalabgaben nicht vorgesehen, obwohl die Kommunalabgaben auch in Preußen gemäß § 9 des Gesetzes, wie das Oberverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 24. April 1893 (Entsch. in Staatssteuersachen Bd. 1 S. 364 ff.) festgestellt hat, zu den nicht abzugsfähigen Steuern gehören. Auf einer mit der württembergischen Gesetzgebung im wesentlichen übereinstimmenden Grundlage ist in Preußen die Praxis und die Rechtsprechung zu der Auffassung gekommen, daß der § 16 das steuerpflichtige Einkommen der Aktiengesellschaften erschöpfend bezeichnet und daß den im § 16 bezeichneten Vermögensteilen weitere Beträge nicht zugerechnet werden dürfen. In der geltenden Ausführungsanweisung vom 6. Juli 1900 Art. 27 ist unter Ziff. 1 bemerkt: behufs Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens kommen nur in Anrechnung:

a) die Ueberschüsse, welche als Aktienzinsen oder Dividenden an die Aktionäre verteilt werden . . . .

b) die aus den Ueberschüssen zur Tilgung der Schulden u. s. w. verwendeten Beträge, und eine hiezu erlassene amtliche Anmerkung 35 lautet wörtlich: „Die Anrechnung der für Abgaben an kommunale und andere öffentliche Verbände verausgabten Beträge ist gesetzlich ausgeschlossen, da bei Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens der nicht physischen Personen nur die erzielten Ueberschüsse in Betracht kommen".

In dem vielbesprochenen Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 25. Juni 1902 wird in dieser Richtung ausgeführt: „Muß aber auch bei den nicht physischen Personen ebenso wie bei den physischen Personen grundsätzlich mit den einzelnen Einkommensquellen gerechnet werden, so ist die logische Konsequenz die, daß auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 7—9 des Gesetzes, soweit sie nicht der Natur der Sache nach sich nur auf physische Personen beziehen, in gleicher Weise auf die nicht physischen Personen anzuwenden sind. Bezüglich der Ausgaben ergibt

sich im Gegensatz zu den physischen Personen nach § 16 nur die Besonderheit, daß die tatsächlich, gleichviel aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke verausgabten d. h. aus dem Vermögen der Gesellschaft ausgeschiedenen Beträge — abgesehen von dem Falle ihrer Verwendung zur Tilgung der Schulden oder des Grundkapitals wie zur Verbesserung oder Geschäftserweiterung — behufs Findung des steuerpflichtigen Einkommens der Gesellschaft dem als Dividende u. s. w. verteilten Teil der Ueberschüsse nicht hinzuzurechnen sind. Dadurch wird aber nicht der Begriff der Ueberschüsse beeinflußt, sondern lediglich die Möglichkeit eröffnet, bei der Berechnung der Ueberschüsse d. h. des Reineinkommens der Gesellschaft nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze die sonstigen darnach nicht abzugsfähigen Beträge den Einnahmen der Quelle nicht erst hinzuzurechnen. Denn der darnach an sich zuzusetzende Betrag ist nach § 16 aber nicht steuerpflichtig. Die Vorschrift in Anmerkung 35 zu Art. 27 der Ausführungsanweisung (Fassung vom 6. Juli 1900) hinsichtlich der Nichtanrechnung der Abgaben an kommunale und andere öffentliche Verbände ist also zutreffend" (a. a. O. Bd. 10 S. 251 und 252, vgl. auch Fuisting Kommentar S. 233/34).

Im ersten württembergischen Entwurf von 1895 war der dem jetzigen Artikel 16 Abs. 1 entsprechende Artikel 15 Abs. 1 genau dem § 16 des Preußischen Gesetzes nachgebildet und demgemäß auch die Hinzurechnung der bezahlten Kommunalabgaben nicht erwähnt. Von der Kommission der Kammer der Abgeordneten wurde beantragt, bei dem Passus „unter Hinzurechnung der zur Tilgung der Schulden u. s. w. verwendeten Beträge" nach den Worten „unter Hinzurechnung" einzuschalten die Worte: „der nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 9 nicht abzugsfähigen Verwendungen, insbesondere". Von der Kammer der Abgeordneten wurde diese Einschaltung zunächst in der Sitzung vom 19. Juni 1897 angenommen, nachdem aber die Kammer der Standesherren sich dagegen ablehnend verhalten hatte, in dieser Be-

ziehung die Regierungsvorlage wieder hergestellt, dagegen in Uebereinstimmung mit einem Beschlusse der Kammer der Standesherren dem Abs. 1 des Art. 15 die Worte beigefügt: „sowie unter Hinzurechnung des Betrags der in Art. 9 II Ziff. 4 genannten für die Amtskörperschaften und Gemeinden erhobenen Ertragssteuern". Dieser Zusatz war von der Kommission der Kammer der Standesherren als eine Konsequenz der Beschlüsse über die Abzugsfähigkeit der Steuern in Art. 9 beantragt worden; in dem Berichte (Verh. der Kammer der Standesherren 1895/99 Beil. Bd. II S. 940/41) ist bemerkt: „In Preußen findet diese Anrechnung nicht statt (vgl. Ausführungsanweisung Art. 27 Anm. 20 (soll heißen 35). Allein eine Ausgleichung in dieser Beziehung zwischen der Einkommenssteuerpflicht der physischen und der nicht physischen Personen ist ganz gerechtfertigt".

In dem zweiten Entwurf vom Jahre 1901 wurde der Zusatz zum Art. 16 Abs. 1 in folgender Fassung aufgenommen: „sowie unter Hinzurechnung der in Art. 9 II Ziff. 4 genannten Ertragssteuern"; in der Begründung wird diese Fassung damit gerechtfertigt, daß nach Art. 9 des gegenwärtigen Entwurfs der Abzug der Ertragssteuern am steuerbaren Einkommen nicht zugelassen sei. Bei der ersten Beratung in der Kammer der Abgeordneten in der Sitzung vom 25. Juni 1902 erhielt der Art. 16 Abs. 1 folgende von der Kommission vorgeschlagene Fassung: „Als steuerbares Einkommen der in Art. 2 I Ziff. 4 genannten Gesellschaften und Genossenschaften gelten unbeschadet der Vorschrift in Art. 7 Ziff. 1 die nach den allgemeinen Bestimmungen zu berechnenden geschäftlichen Ueberschüsse, welche als Aktienzinsen, Dividenden oder Gewinnanteile gleichviel unter welcher Benennung an die Mitglieder verteilt oder denselben gutgeschrieben werden. Zu den steuerbaren Ueberschüssen gehören auch diejenigen Beträge, welche zur Tilgung der Schulden oder des Grundkapitals, zur Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts, zur Bildung von

Reservefonds, soweit solche nicht bei den Versicherungsgesellschaften zur Rücklage für die Versicherungssummen bestimmt sind, und zur Bezahlung der an die Gemeinden und Amtskörperschaften zu entrichtenden Ertragssteuern verwendet werden".

In der Kommission der Kammer der Standesherren wurde dann dem Art. 16 Abs. 1 seine jetzige Fassung gegeben. Nachdem die Kammer der Standesherren in der Sitzung vom 13. Dezember 1902 diesem Kommissionsantrag beigetreten war, hat sich auch die Kammer der Abgeordneten in der Sitzung vom 14. Mai 1903 diesem Beschlusse angeschlossen, hauptsächlich in der Erwägung, daß durch die oben angeführte Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eine Reihe von Zweifeln beseitigt und eine erwünschte Klarstellung der maßgebenden Grundsätze eingetreten sei.

Berücksichtigt man, daß die vom Preußischen Oberverwaltungsgericht mit der Entscheidung vom 25. Juni 1902 gebildete Praxis der Preußischen Steuerbehörden die Ueberschüsse der Aktiengesellschaften nur insoweit zur Einkommensteuer heranzieht, als sie zu den in § 16 des Preußischen Gesetzes ausdrücklich hervorgehobenen Zwecken verwendet werden, daß in dieser Beziehung die gesetzlichen Vorschriften als erschöpfend angesehen werden, daß deshalb insbesondere die auch nach preußischem Steuerrecht nicht abzugsfähigen Kommunalabgaben in das steuerbare Einkommen nicht einbezogen werden, und daß bei der Feststellung des jetzt geltenden Inhalts des Art. 16 Abs. 1 in den beiden Kammern der Ständeversammlung den Grundsätzen der angeführten Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eine maßgebende Bedeutung beigemessen worden ist, so lassen sich aus den landständischen Verhandlungen über den Art. 16 Abs. 1 ausreichende Anhaltspunkte dafür nicht gewinnen, den Schlußsatz des Art. 16 Abs. 1 über seinen Wortlaut hinaus auf andere als die daselbst genannten Steuern auszudehnen, bloß weil sie mit den daselbst genannten Steuern die Nichtabzugsfähigkeit im Sinne des Art. 9

gemeinsam haben.

Urteil vom 13. Juni 1906 in der Rechtsbeschwerdesache der Württ. Hypothekenbank in Stuttgart.

14.

Einkommensteuer der Aktiengesellschaften. Die Berechnung des Abzugs von 3 % des Aktienkapitals.

Aus den Gründen:

Der Betrag der verteilten Dividenden rechtfertigt im vorliegenden Fall den Höchstbetrag des in Art. 16 Abs. 3 zugelassenen Abzugs. Das eingezahlte, in die Bilanz eingestellte Aktienkapital beläuft sich auf 18 Millionen Mark, der volle Abzug von 3 % macht somit 540 000 M. aus. Die Steuerbehörden haben aber aus diesem Aktienkapital denjenigen Betrag, welcher dem ausländischen Einkommen der Bank entspricht, und deshalb im Verhältnis zum erzielten Gewinn als außerhalb Württembergs angelegt anzusehen sein soll, in der geschätzten Höhe von 724 367 M. ausgeschieden und den Abzug nur aus dem restlichen Aktienkapital von 17 275 633 M. mit 518 269 M. zugelassen, wogegen die Beschwerdeführerin auf dem vollen Abzug an dem württembergischen Einkommen beharrte. Für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist maßgebend der Art. 16 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes. Zunächst ist hier in klarer unzweideutiger Weise bestimmt, daß bei Aktiengesellschaften der Höchstbetrag des Abzugs 3 % des eingezahlten Aktienkapitals ausmacht. Weder hier noch sonstwo im Gesetz findet sich eine Vorschrift oder eine Andeutung in der Richtung, daß, wenn eine Aktiengesellschaft ausländisches Einkommen im Sinne des Art. 8 Ziff. 1 bezieht, der Abzug nur von einem Teil des eingezahlten Aktienkapitals zu berechnen ist. Im vorliegenden Falle muß daher mit einem Abzug im Betrage von 540 000 M. gerechnet werden. In zweiter Linie fragt es sich, an welchem Einkommen dieser Abzug zu machen ist, ob, wenn eine Aktiengesellschaft auch ausländisches nach

Art. 8 Ziff. 1 steuerfreies Einkommen bezieht, an dem Gesamteinkommen, so daß auf das inländische der württemb. Einkommensteuer allein unterliegende Einkommen nur ein verhältnismäßiger Teil des Abzugs entfallen würde, oder ausschließlich an dem steuerbaren inländischen Einkommen. Nach der ausdrücklichen und klaren Bestimmung des Art. 16 Abs. 3 ist der ganze Abzug ausschließlich zu machen „an dem hienach sich berechnenden steuerbaren Einkommen" d. h. an dem Einkommen, daß sich bei Anwendung der Vorschriften des Art. 16 Abs. 1 und 2 als steuerbar ergibt. Hat, wie im vorliegenden Fall, der Steuerpflichtige seinen Sitz in Württemberg, so ist nur der Abs. 1 des Art. 16 anzuwenden. Wie die Verweisung auf Art. 8 Ziff. 1 in Art. 16 Abs. 1 dartut, bleibt das Einkommen einer Aktiengesellschaft aus dem außerhalb Württembergs gelegenen Grund- und Gebäudebesitz, sowie aus den dort betriebenen Gewerben, von der Einkommensteuer ausgenommen, gehört also nicht zu dem „hienach sich berechnenden steuerbaren Einkommen". Der Abzug darf also nach dem bestimmten einer anderen Auslegung nicht fähigen Wortlaut der maßgebenden gesetzlichen Vorschrift im vollen Betrag an dem aus inländischen Quellen gewonnenen und daher der Einkommensteuer unterliegenden Einkommen gemacht werden. Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat allerdings in den Gründen zu einer Entscheidung vom 5. Juni 1893 (Entscheidungen in Staatssteuersachen Bd. 1 S. 404) ausgeführt: nach dem Wortlaut des § 16 des Einkommensteuergesetzes solle der Abzug von dem Gesamteinkommen der nicht physischen Personen nach Feststellung desselben erfolgen; er ergreife daher nicht bloß einen bestimmten Teil des Einkommens, sondern charakterisiere sich wie eine auf dem Gesamteinkommen ruhende Last, die, wenn das Einkommen in steuerpflichtiges und nicht steuerpflichtiges zerfalle, sich pro rata verhältnismäßig auf beide Arten verteile. Welcher Teil des Gesamtbetrags der $3^1/_2$% des Aktienkapitals von dem steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden dürfe,

richte sich demnach nach dem Verhältnis, in dem das steuerpflichtige zu dem Gesamteinkommen stehe. Ob eine derartige Argumentation mit dem Wortlaut des preußischen Einkommensteuergesetzes verträglich ist, kann hier unerörtert bleiben, jedenfalls ist durch den Wortlaut der maßgebenden württembergischen Vorschriften eine derartige Repartition des Abzugsbetrags ausgeschlossen.

Zweifel mag darüber bestehen, ob es vom Standpunkt des württembergischen Gesetzes aus folgerichtig ist, bei der beschränkten Steuerpflicht im Falle des Art. 3 Abs. 2 gemäß Art. 16 Abs. 3 einen verhältnismäßigen Abzug zuzulassen; denn je nach der Gestaltung der in Betracht kommenden Gesetzgebung des Staates, in dessen Gebiet der Sitz der Aktiengesellschaft liegt, kann dadurch der Gesamtabzug den an sich zugelassenen Höchstbetrag übersteigen; das preußische Einkommensteuergesetz läßt in einem solchen Falle der beschränkten Steuerpflicht den fraglichen Abzug überhaupt nicht zu, wie sich aus dem Wortlaut des § 16 des Einkommensteuergesetzes und aus Art. 27 Ziff. 8 der Ausführungsanweisung ergibt. Wenn aber auch der in Art. 16 Abs. 3 am Schlusse für die beschränkte Steuerpflicht zugelassene verhältnismäßige Abzug eine Inkonsequenz in sich schließen sollte, so kann dies doch an der Auslegung und Anwendung der vorangehenden klaren Bestimmungen nichts ändern.

Aus dem Zweck des Gesetzes kann die Verteilung des Abzugs auf das inländische und auswärtige Einkommen einer Aktiengesellschaft nicht gefolgert werden. Art. 16 Abs. 3 will die Doppelbesteuerung mildern, die sich aus der gleichzeitigen Besteuerung des Gewinns der Aktiengesellschaften u. s. w. in deren Hand und in der Hand ihrer Mitglieder ergibt. Der Natur der Sache nach kann hiebei das Gesetz nur die regelmäßige Gestaltung der Verhältnisse berücksichtigen. Als durchschnittlich zutreffend kann man es nun ansehen, daß, wenn eine Aktiengesellschaft in Württemberg ihren Sitz hat, die daran beteiligten Aktionäre in ihrer Mehrheit wenigstens auch in Württemberg wohnen und infolge

davon mit ihrem Dividendenbezug zur württembergischen Einkommensteuer herangezogen werden. Wenn aber eine in Württemberg seßhafte Aktiengesellschaft ihren Geschäftsbetrieb auf das Gebiet eines auswärtigen Staates ausdehnt und so auch ausländisches Einkommen erwirbt, so wird damit erfahrungsgemäß die Vermutung nicht begründet, daß ein diesem ausländischen Einkommen entsprechender Aktienbesitz aus Württemberg auswandert und in die Hände von Personen gelangt, die in dem betreffenden auswärtigen Staate wohnen.

Urteil vom 13. Juni 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Württ. Vereinsbank in St.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

35.

Zur Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB. („Eigenschaften der Person oder der Sache").

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist ausgeführt:

Daß R. dem Bekln. die Entlassung aus der Bürgschaft nur in der Voraussetzung bewilligt hat, J. D. sei zahlungsfähig und seine Haftung biete dem kläg. Verein genügende Sicherheit, ist ihm zu glauben. Auch ist außer Streit, daß diese Voraussetzung tatsächlich nicht richtig war. Allein der Irrtum hierüber kann nur als Irrtum im Beweggrund, nicht als wesentlicher Irrtum im Sinne des § 119 BGB. in Betracht kommen. Zwar mag davon auszugehen sein, daß im allgemeinen die Zahlungsfähigkeit einer Person mindestens bei Rechtsgeschäften, bei denen es sich um eine Kreditgewährung handelt, als verkehrswesentliche Eigenschaft der Person anzusehen ist. Wenn aber § 119 Abs. 2 von dem Irrtum über Eigenschaften „der Person oder der Sache" spricht, so kann hierunter nur die Person des Vertragsgegners und die den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Sache, nicht eine andere, zu dem Rechtsgeschäft irgendwie in Beziehung stehende Person oder Sache verstanden werden. Dies

ergibt sich abgesehen von dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und ihrer Entstehungsgeschichte[1]) auch aus dem innern Zusammenhange, in dem der Abs. 2 zu Abs. 1 des § 119 steht. Ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung nach Abs. 1 ist nämlich insbesondere auch dann anzunehmen, wenn der Erklärende sich in einem Irrtum über die Identität der Person, an welche die Erklärung gerichtet ist, befindet. Der Abs. 2 nun enthält allerdings eine Erweiterung des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes, sofern als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften „der Person" gelten soll. Durch diese Erweiterung soll aber die Grenze zwischen wesentlichen Irrtum und dem Irrtum im Beweggrunde nicht völlig verwischt werden, was eben dadurch zum Ausdruck gebracht ist, daß der Irrtum über die Eigenschaften der Person oder Sache noch als Irrtum über den Inhalt der Erklärung soll gelten können[2]). Im vorliegenden Falle nun handelt es sich überhaupt nicht um Eigenschaften des dem Klr. als Vertragsgegner gegenüberstehenden Bekln., sondern um die Zahlungsfähigkeit des nur in mittelbarer Beziehung zu dem Rechtsgeschäft stehenden J. D., der Irrtum hierüber kann daher keinesfalls als Irrtum über den Inhalt der kläg. Willenserklärung gelten, sondern bildet einen bloßen Irrtum im Beweggrund, auf den keine Anfechtung gestützt werden kann.

Urt. des I. CS. vom 19. Jan. 1906 i. S. des Vereins für das Wohl der arbeitenden Klassen g. Euchner.

36.

Zum Begriff des „Irrtums" und der „im Verkehr als wesentlich angesehenen Eigenschaften" einer Sache.

Angefochten war der Kauf einer Kühlmaschine u. a. mit

[1]) Protok. I S. 114, 115.

[2]) S. Planck BGB. § 119 Anm. 2a Abs. 2; vgl. auch Württ.J. Bd. 16 S. 1 fg.

der Behauptung, der Käufer (Bekl.) habe sich in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Maschine befunden, sofern ihm der Vertreter der klagenden Verkäuferin gesagt habe, der Betrieb werde auf etwa 25 Pfg. in der Stunde zu stehen kommen, während sich nachher herausgestellt habe, daß die Kosten sich auf 35—37 Pfg. in der Stunde belaufen. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand aus folgenden

Gründen

verworfen:

Die Kammer für Handelssachen hat für durchschlagend erachtet, daß Bekl. sich in betreff der Höhe der Betriebskosten in einem „Irrtum" befunden habe. Hierin vermag ihr der erkennende Senat aus zwei Gründen nicht beizustimmen. Einmal hat die Kammer für Handelssachen selbst zutreffend bemerkt: „Daß es sich bei so allgemeinen Angaben um eine bloße Schätzung handelte, mußte auch dem Bekl. klar sein, und ebenso, daß er auf eine Gebundenheit der Klin. in dieser Beziehung nur dann rechnen konnte, wenn dieselbe in den verurkundeten Inhalt des Vertrags aufgenommen wurde". Wer aber in betreff einer Angabe über (Betriebs-)kosten weiß, daß es sich dabei nur um eine Schätzung handelt, der weiß eben damit, daß er die Höhe dieser Kosten nicht kennt; er hofft nur, die Erfahrung werde die ihm mitgeteilte Schätzung bestätigen, ein „Irrtum" i. S. des Gesetzes, ein Falschwissen, eine bestimmte falsche Vorstellung liegt in einem solchen Fall überhaupt nicht vor: häufig werden z. B. Lampen oder Oefen mit der Angabe verkauft: der Gas-, Erdöl-, Spiritus-, Holz-, Kohlenverbrauch betrage — in Geld ausgedrückt — etwa so und so viel Pfennig in der Stunde, wer daraufhin ein solches Gerät kauft, kann nicht, wenn sich der Materialverbrauch als erheblich höher herausstellt, den Kauf wegen Irrtums anfechten; denn wer auf Grund von (nicht betrüglichen) Schätzungen, Annahmen, Mutmaßungen in betreff der Betriebskosten eine Maschine u. s. w. kauft, handelt auf eigene

18*

Gefahr, er kann nicht geltend machen, er habe zu wissen geglaubt, die Kosten übersteigen den ihm schätzungsweise genannten Betrag nicht, er hat sich deshalb nicht in einem Irrtum, wie ihn das Gesetz zur Anfechtung eines Vertrags verlangt, befunden. Wer gegen unangenehme Ueberraschungen in betreff der Höhe der wirklichen Betriebskosten geschützt sein will, mag vom Verkäufer Gewährleistung dafür fordern, daß die Betriebskosten einen bestimmten Betrag nicht übersteigen, und es sich, wenn eine solche Garantie abgelehnt wird, überlegen, ob er trotzdem den Kauf abschließen will.

Weiter kommt aber Folgendes in Betracht. Man mag in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach unter den Begriff der „Eigenschaften" einer Sache unter Umständen auch deren Ertrag und Ertragsfähigkeit fällt, annehmen, auch die Höhe der Betriebskosten stelle eine „Eigenschaft" der betreffenden Maschine dar. Daraus folgt, daß, wenn die Höhe dieser Kosten größer ist, als der Verkäufer zugesichert hat, der Käufer gemäß § 463 BGB. Wandelung verlangen kann, nicht aber, daß der Käufer, wenn er sich (ohne daß der Verkäufer eine Zusicherung in dieser Richtung gegeben hat) in einem Irrtum über diese Kosten befunden hat, den Kauf auf Grund des § 119 Abs. 2 BGB. anfechten kann. Denn ein solcher Irrtum könnte nicht als ein derartiger angesehen werden, der eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Sache beträfe. Letzteres möchte allerdings zutreffen, wenn „wesentlich" mit dem vorigen Richter in der Bedeutung von „für die Entschließung des Vertragschließenden erheblich" zu verstehen wäre. Der erkennende Senat vermag sich aber dieser Auffassung nicht anzuschließen, sondern tritt der Ansicht des II. Civilsenats bei, der[1]) ausgesprochen hat: „Wesentlich i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. sind nur solche Eigenschaften, welche nach der Verkehrsanschauung für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen der Sache betreffen" [2]). Für

[1]) S. WürttJ. Bd. 16 S. 2.

[2]) Vgl. die dort angeführte Literatur u. WürttJ. 15 S. 253 ff.; 17 S. 126.

diese Ansicht, die mit dem Wortlaut des Gesetzes im Einklang ist (vgl. auch einerseits § 93, andererseits § 459 BGB.) spricht, daß, wenn das Gesetz die „verkehrswesentlichen" Eigenschaften den „gebrauchserheblichen" hätte gleichstellen wollen, es mutmaßlich in den §§ 119 und 459 dies durch die Fassung der einschlägigen Bestimmungen zum Ausdruck gebracht hätte, ferner der geschichtliche Zusammenhang mit dem „wesentlichen" Irrtum des gemeinen Rechts[1]), endlich die Erwägung, daß die vom Unterrichter vertretene Auslegung zu einer übermäßigen Ausdehnung der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften wegen Irrtums über Eigenschaften einer Sache führen würde, die das Gesetz nicht beabsichtigt haben kann.

Vom Standpunkt der hier vertretenen Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB. aus erscheint ein Irrtum über die Betriebskosten einer Maschine nur als ein die Anfechtung des Kaufs nicht rechtfertigender Irrtum im Beweggrund und nicht als ein solcher, der nach der Anschauung des Verkehrs das W e s e n der Maschine berührt: die Kühlmaschine bleibt eine Maschine der gleichen Art, mit den gleichen Funktionen und Leistungen, mögen ihre Betriebskosten sich auf 25, 30 oder 40 Pfg. in der Stunde belaufen; die Höhe dieser Kosten beeinflußt die Rentabilität des Betriebs, aber nicht das Wesen der Maschine.

Urt. des I. CS. vom 11. Juli 1905 i. S. Quiri g. Klunzinger.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden (ohne daß aber das RG. auf die Frage eingegangen ist, ob es sich um eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kühlmaschine handle).

37.

Verkehrswesentliche Eigenschaften von Wertpapieren?

Beklagter hat telegraphisch an die Klägerin eine Anzahl

[1]) Vgl. WürttJ. 15 S. 260—62.

Kuxe zum Preis von je 1000 Mk. verkauft; er hat später den Kauf u. a. wegen Irrtums mit der Begründung angefochten: er habe sich bei dem Angebot in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache befunden, sofern er den (zur fraglichen Zeit unstreitig 1300 Mk. betragenden) Tageskurs der Kuxe nicht gekannt habe. Ueber diesen Einwand sagen die

Gründe:

Der Beklagte war bei Abgabe seines mit dem Telegramm vom 27. August 1904 gestellten Verkaufsangebots über den Inhalt dieser seiner Willenserklärung, durch deren Annahme der Kaufvertrag schließlich zustande gekommen ist, nicht im Irrtum: das Verkaufsangebot zu 1000 Mk. für das Stück der fraglichen Kuxe entsprach seinem damaligen wirklichen Willen. Die Erwägungen, die den Beklagten zu dem von ihm festgesetzten Preis führten, bildeten nicht einen Bestandteil, nicht den Inhalt des Geschäfts; ohne jede Bezugnahme auf einen bestimmten Tageskurs oder überhaupt auf den Kurs der fraglichen Papiere hat der Beklagte von sich aus den Preis von 1000 Mk. für den Kux bei seinem Angebot gestellt; die etwaige innere Annahme des Beklagten, daß der von ihm geforderte Preis oder daß das Angebot der Klägerin dem damaligen Kurs genau oder annähernd entspreche, ist nicht als erkennbare Voraussetzung oder Bedingung des Geschäfts hervorgetreten und daher auch nicht zum Inhalt des Geschäfts geworden.

Der Beklagte behauptet, daß er bei der Abgabe der Willenserklärung (bei seinem Verkaufsangebot) sich in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache (BGB. § 119 Abs. 2) befunden habe, indem er von dem damaligen Kurs der Kuxe, der, wie nun zugegeben ist, am 26. August 1904 auf 1300 stand, keine Kenntnis gehabt habe. Allein die Ansicht des Beklagten, daß der Marktpreis, der Kurs der Ware bei dem Kauf eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache enthalte, ist unrichtig. Zwar ist der Begriff der Eigenschaften im Sinne des angeführten

Gesetzes nicht auf die natürlichen einer Sache (oder einer Person) zukommenden Eigenschaften zu beschränken, sondern es kommen auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse in Betracht, die in ihren Beziehungen zu anderen Sachen (oder Personen) begründet sind und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen oder gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen, so bei Kauf oder Pacht eines Grundstücks oder Erwerbsgeschäfts die Steuern und Abgaben, die auf dem Grundstück ruhen, die Mietserträgnisse, die Kundschaft, die Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb, der mit dem Grundstück verbunden ist. All' dies sind Beziehungen und Verhältnisse der Sache selbst, ihr innewohnende wertbestimmende Faktoren und es kann der Irrtum über ein solches wertbestimmendes Verhältnis der Sache selbst einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. darstellen[1].

Aber der Verkehrswert oder der Marktpreis, der Kurs ner Ware ist nicht selbst eine Eigenschaft der Sache im Sinne des angeführten Gesetzes, sondern wird nur mitbestimmt durch die Eigenschaften des Verkehrsobjekts selbst; zugleich wirken aber bei der Preisbildung eines Gegenstands häufig Umstände mit, die in Verhältnissen und Umständen wurzeln, welche mit dem Wesen, mit den Eigenschaften der Sache selbst nichts zu tun haben, sondern gänzlich außerhalb derselben und ihrer Beziehungen gelegen sind, so insbesondere in Angebot und Nachfrage, die durch alle möglichen Umstände bedingt sein können. Der Verkehrswert, der Preis einer Sache ist ja nur die im Verkehr stattfindende Gleichsetzung gewisser Quantitäten zweier Güter, deren Werte dabei sehr ungleich sein können, ist einem steten Fluß und Wechsel unterworfen und daher auch für die Individualisierung des Verkehrsobjekts ohne Bedeutung. Wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung der ganzen Frage und aus der

[1]) JW. 1904, 129 vgl. das. 1885, 24; 1888, 140; 1905, 120.



Auffassung und den Bedürfnissen des Verkehrs ergibt, sind zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften i. S. des § 119 Abs. 2 BGB. eben nur solche Verhältnisse und Beziehungen der Sache zu rechnen, welche zu einer normalen Individualisierung des Vertragsgegenstands gehören[1]). Bei der Auffassung, die der Beklagte vertritt, wäre die Rechtsbeständigkeit unzähliger Kaufgeschäfte in Frage gestellt.

Urt. des II. CS. vom 3. Juli 1905 i. S. Lichtenberger v. Dammann.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

38.

Fahrlässigkeit bei Versendung von Geld.

Es handelte sich darum, wer den Verlust einer Geldsendung von 2000 Mk. zu tragen habe, die am 16. Oktober 1903 mit eingeschriebenem Brief, postlagernd Söchau, an den Kläger, der sich bei dem Obsteinkauf in Oesterreich befand, von dem beklagten Inhaber eines Bankgeschäfts abgesendet worden, aber auf der Post verloren gegangen ist, weshalb die Post an den Absender 42 Mk. bezahlt hat.

Das Berufungsgericht hat entschieden, dem Beklagten stehe gegenüber dem Kläger aus der Absendung der 2000 Mk. an diesen ein Anspruch auf Bezahlung dieser Summe nicht zu.

Aus den

Gründen:

Der Beklagte handelte schon dann fahrlässig, wenn er eine nach der Uebung des Geldverkehrs nicht genügend sichere Art und Weise der Versendung in Vorschlag brachte und die Zustimmung des Klägers dazu erlangte, aber auch dann, wenn er bei besonderen Umständen, die eine sonst mit Recht gewählte Art der Versendung gefährlich machten, nicht von dem Ergebnis dieser Besprechung abwich.

---

[1]) Vgl. Planck BGB. § 119 Anm. 2a.

In Wirklichkeit ist denn auch die Versendung vor und nach der der abhanden gekommenen 2000 Mk. mehrfach in anderer Weise erfolgt, als es nach der Darstellung des Beklagten besprochen gewesen wäre, namentlich durch die Diskontogesellschaft mit voller Wertangabe, und es ergibt sich daraus, daß auch der Beklagte diese Besprechung keineswegs für bindend erachtete.

Dazu kommt, daß auf die im fraglichen Fall zur Anwendung gekommene besondere Art der Versendung, die postlagernde, jene Besprechung der Art und Weise der Versendung nach der Darstellung beider Parteien sich gar nicht bezog.

Für die Frage der Fahrlässigkeit des Beklagten kommt weiter Folgendes in Betracht:

Die Versendung von Geld mit der Post geschieht durch Bankhäuser billiger, als bei voller Wertangabe gegenüber der Post, und dennoch mit genügender Sicherheit vermöge der Versicherung des nicht angegebenen Mehrbetrags mittels besonderer Versicherungseinrichtungen. Aber eine Versicherung postlagernder Einschreibsendungen nimmt die Gesellschaft, bei welcher der Beklagte versichert war, in Uebereinstimmung mit andern Versicherungsgesellschaften, nicht an. Schon hieraus ergibt sich, daß die postlagernde Versendung von Geld mit Einschreibbrief besonders gefährlich ist. Dies erhellt auch daraus, daß die Ausfolge an Unberechtigte hier näher liegt und eben deshalb, sowie wegen der auch sonst besseren Gelegenheit, solche Sendungen dem Zugriff von Postangestellten namentlich am Ort der Postlagerung in erhöhtem Maße ausgesetzt sind, zumal wenn es sich um Sendungen ins Ausland, wie hier nach Oesterreich, handelt. Aus der vorgelegten Zusammenstellung ergibt sich denn auch, daß die Diskontogesellschaft zwei der Sendung vom 16. Oktober vorausgehende und die am 21. Oktober vor Bekanntwerden des Verlustes nachfolgende Sendung mit voller Wertangabe abgeschickt hat, letztere jedenfalls postlagernd. Die Diskontogesellschaft hat also im Fall der Postlagerung

mit voller Wertangabe versendet. Auch der Beklagte selbst hat im Fall der abhanden gekommenen Sendung, obwohl dies dem von ihm angegebenen Verfahren für Geldsendungen bis zu 2000 Mk. nicht entspricht, eine Versicherung nicht unterlassen zu sollen geglaubt und den entsprechenden Versuch gemacht; daß die Versicherung nicht möglich war, hätte er als Bankinhaber wissen müssen.

Auf Grund all dieser Umstände ist als erwiesen anzunehmen, daß der Beklagte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, indem er die Sendung vom 16. Oktober 1903 mit 2000 Mk. postlagernd nur „eingeschrieben" zumal ins Ausland, nach Oesterreich, zur Post gab und nicht vielmehr diese postlagernde Sendung unter Versicherung des nicht angegebenen Mehrbetrags an Wert oder, soweit eine solche Versicherung nicht möglich war, mit voller Wertangabe abschickte.

Urt. des I. CS. vom 30. Juni 1905 i. S. Bossenmaier g. Walker.

39.

Klage aus § 906 BGB. gegen eine Eisenbahnunternehmung[1]).

In der Rechtssache eines Villenbesitzers in Degerloch gegen die Filderbahngesellschaft ist erkannt worden: „Die Beklagte ist schuldig, Einrichtungen herzustellen, wodurch die Zuführung von übermäßigem Geräusch von ihrer Umformer- und Akkumulatorenstation auf dem ihr gehörigen Grundstück der Markung Degerloch auf die der Klägerin gehörigen benachbarten Grundstücke ausgeschlossen wird, und wofern solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betrieb der Eisenbahnunternehmung der Beklagten unvereinbar sein sollten, der Klägerin den ihr durch das Geräusch

[1]) In betreff der Zulässigkeit des Rechtswegs in derartigen Fällen vgl. RG. 62 nr. 33. — Anm. d. Red.

erwachsenden Schaden durch eine in besonderem Verfahren festzusetzende Entschädigung in Geld zu ersetzen."

Aus den

Gründen:

Das Recht, gemäß § 906 des BGB. von dem Nachbargrundstück ausgehendes Geräusch zu verbieten, ist nach Art. 125 EGBGB. und Art. 218 AGBGB. gegenüber von Eisenbahnunternehmungen nach Maßgabe des § 26 GO. beschränkt. Da die Umformer- und Akkumulatorenstation der Beklagten dem Betrieb ihrer Eisenbahn dient, darf also das Verbot, womit die Klägerin an und für sich die Abstellung der Einwirkung von Geräusch auf ihr Grundstück herbeizuführen berechtigt wäre, nicht darauf hinauslaufen, der Beklagten den Betrieb ihres Eisenbahnunternehmens auch nur zeitweise zu untersagen oder diesen Betrieb dergestalt zu behindern, daß er nicht mehr in gehöriger Weise vor sich gehen könnte. Eine entsprechende Klagbitte ist von der Klägerin allerdings auch nicht gestellt, es legt aber die von dem Sachverständigen V. angestellte Erörterung der in Betracht kommenden Abhilfemaßregeln und die Bemerkung dieses Sachverständigen, eine Aenderung in den Betriebsverhältnissen oder gar eine Verlegung vorzunehmen, erscheine ungerechtfertigt und unter den vorliegenden besonderen technischen Verhältnissen beinahe ausgeschlossen, die Annahme nahe, daß die eine oder andere Abhilfemaßregel mit zeitweiliger Betriebseinstellung oder ungehöriger Betriebsbehinderung verknüpft sein könnte. Eben darum erscheint es angezeigt, die dem Verbietungsrecht der Klägerin gezogene gesetzliche Grenze bei der Verurteilung der Beklagten zum Ausdruck zu bringen. Soweit aber hienach das Verbietungsrecht der Klägerin wirkungslos sein sollte, tritt der Fall ein, für welchen die Klägerin Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten beantragt hat, und es ist daher auch dieser aus § 26 GO. sich rechtfertigende, bedingte, durch die von der Beklagten behauptete angebliche Wertsteigerung des Grundstücks der Klägerin nicht ohne weiteres zu beseitigende

Anspruch der Klägerin, da es sich um eine eventuelle Schadensforderung handelt, auch ohne den Nachweis eines besonderen Interesses der Klägerin an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses in der Weise festzustellen, daß die Ermittlung des Betrags der Schadloshaltung einem späteren Rechtsstreit vorbehalten bleibt [1]). Die Verurteilung der Beklagten aber von Benennung derjenigen Maßregeln abhängig zu machen, mit denen dem lästigen Geräusch zu steuern wäre, ist nicht statthaft und von der Beklagten selbst auch nicht in Anregung gebracht. So schwierig sich unter solchen Umständen auch die Zwangsvollstreckung gestalten mag, da es bei der im Urteil auszusprechenden Verpflichtung der Beklagten, Einrichtungen herzustellen, wodurch die Zuführung von „übermäßigem" Geräusch ausgeschlossen wird, Sache der Beklagten sein wird, den Beweis für die Erfüllung des Urteilsanspruchs zu führen, so ist die Zulässigkeit einer so allgemein gefaßten Verurteilung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts [2]) doch nicht in Zweifel zu ziehen.

Urt. des I. CS. vom 30. Juni 1905 i. S. Elser g. Filderbahngesellschaft.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

40.

Besteht ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Kündigung einer Hypothek aus dem Grundstück, auch wenn eine entsprechende persönliche Forderung nicht besteht?

Dem Anspruch des Klrs. gegen den Bekl. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die dem Kl. zu Hypothek bestellten Grundstücke behufs Befriedigung für die Kosten der Kündigung mit 1 Mk. 30 Pfg. der Hypothek hat das Landgericht entsprochen, dagegen hat es den Anspruch auf Bezahlung der 1 Mk. 30 Pfg. abgewiesen, soweit er gegen den Bekl. als persönlichen Schuldner gerichtet war. Die Be-

[1]) S. Gaupp-Stein CPO. § 253 Bem. III, 4 Note 38.

[2]) SeuffA. 46 Nr. 248; 53 Nr. 180.

rufung des Bekl. (der sich Kl. nicht angeschlossen hatte) ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

§ 1113 BGB. bringt durch die Worte: „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung“ bestimmt zum Ausdruck, wie das Hypothekenrecht des BGB. beherrscht ist durch den Grundsatz der Abhängigkeit der Hypothek von dem Bestehen einer persönlichen Forderung („accessorische“ Natur der Hypothek). Dieser Grundsatz tritt in einzelnen Richtungen zurück gegenüber von überwiegenden Verkehrsrücksichten, wie bei der sogenannten Eigentümerhypothek § 1163 (zu vgl. § 1177) und bei der Vermutung des § 1138, 891 ff BGB. zu gunsten des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, zu vgl. auch § 1141, § 1146 BGB. In diesen Ausnahmsfällen ist der Hypothek eine gewisse Selbständigkeit gegeben. Dagegen ist bei der sogenannten Sicherungshypothek der Grundsatz der Abhängigkeit insofern zur Anerkennung gebracht, als auch diese Hypothek sich nach dem Bestehen und dem Betrag der persönlichen Forderung richtet und Befriedigung aus dem Grundstück jedenfalls nicht ohne Bestehen einer persönlichen Forderung erfolgen kann. Dasselbe gilt von § 1113 Abs. 2 BGB. und auch bei der Eigentümerhypothek (§ 1163) kommt „Befriedigung aus dem Grundstück“ § 1147 BGB. nicht in Betracht. In § 1153 Abs. 1 und Abs. 2 BGB., nach welchem die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, ist wiederum diese Abhängigkeit zum Ausdruck gebracht. (Zu vgl. im Gegensatz die Grundschuld § 1192 BGB.)

Daß § 1118 BGB. für die Nebenforderung der Kündigungskosten eine Ausnahme von diesem Grundsatz der Abhängigkeit machen würde, zumal eine viel weiter gehende, als die eben angeführten Bestimmungen, indem sie ein hypothekarisches Recht schaffen würde, das ohne Bestehen eines persönlichen zur Befriedigung aus dem Grundstück führen würde, ist nicht anzunehmen. § 1118 BGB. bildet eine

Ausnahme von dem § 1115 BGB., von dem Grundsatz der Eintragung, und zugleich insoweit, wie die Sicherungshypothek § 1184, von dem Grundsatz der bestimmten Bezeichnung (Spezialität). Die in § 1118 BGB. genannten Nebenansprüche sollen auch ohne Eintragung hypothekarisch gesichert sein, aber wie die andern hypothekarischen Sicherungen sollen auch diese nur dann bestehen, wenn die Ansprüche als persönliche Forderungen begründet sind. Dies bedurfte als selbstverständlich nach der ganzen Gestaltung des Hypothekenrechts und nach dem Zusammenhang mit den übrigen §§ keiner besonderen Hervorhebung; während bei § 767 Abs. 2 BGB. gegenüber Abs. 1 eine Hervorhebung für angemessen erachtet wurde.

Auch die übrigen in § 1118 BGB. angeführten Fälle ergeben dasselbe. Bei den gesetzlichen Zinsen handelt es sich um persönliche Forderungen, die vermöge anderweiter gesetzlicher Bestimmungen begründet sind, bei den Kosten der Rechtsverfolgung um solche, deren Erstattung vermöge einer anderweitigen persönlichen Verpflichtung, § 91 CPO. u. s. w. begründet ist und so kann auch für die Nebenansprüche wegen der Kündigungskosten in § 1118 BGB. nicht ein selbständiger Rechtsgrund geschaffen, sondern nur eine Sicherung ohne besonderen Eintrag gewährt sein sollen.

Im ersten Entwurf BGB. § 1066 war denn auch der Bestimmung noch beigefügt: „auch ohne besondere Bewilligung und Eintragung in das Grundbuch" erstrecke sich die Hypothek auf diese Ansprüche, diese Worte wurden jedoch in der zweiten Lesung [1]) als selbstverständlich gestrichen. In den Motiven zum I. Entwurf § 1066 ist von den „Erweiterungen der Forderung" die Rede, auf die sich die Hypothek erstrecken soll [2]), und es wird erwogen, daß es nicht angezeigt wäre, wenn für die Kosten keine Sicherheit gewährt würde, oder wenn eine besondere Sicherungshypothek eingetragen werden müßte.

[1]) Band III S. 549.

[2]) S. 647.

Es fragt sich also, ob ein persönliches Recht des Klägers auf Erstattung der geltend gemachten Kündigungskosten besteht, denn nur in diesem Falle kann die Sicherung durch § 1118 BGB. zur Anwendung kommen.

Gesetzlich ist ein solcher persönlicher Anspruch nicht etwa durch § 1118 BGB. selbst neben der Einführung der Sicherung begründet. Diese Annahme ist durch den ausgeführten Zusammenhang innerhalb der Bestimmung des § 1118 und mit den andern Bestimmungen dieses Abschnitts ausgeschlossen und kann demgegenüber auch nicht aus dem Satz der Motive zu Entw. I § 1066 S. 650 begründet werden: „wegen der Kündigungskosten muß der Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt werden, weil er, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung abhängig ist, die Hypothek nicht geltend machen kann, ohne vorher gekündigt zu haben".

Auch sonst ist keine gesetzliche Bestimmung über die Erstattung dieser Kündigungskosten getroffen.

Dagegen liegt eine durch die Umstände regelmäßig gegebene stillschweigende Vereinbarung zunächst bei hypothekarischer Sicherung von Forderungen vor, nach welcher sich die Forderung in dieser Weise erweitert. Dem Gläubiger wird Befriedigung wegen der Forderung aus dem Grundstück zugesagt und damit erscheinen auch die notwendigen Kosten der Befriedigung, so die Kosten der nach § 1141 BGB. erforderlichen Kündigung zugesagt, da sonst die Befriedigung nicht vollständig eintreten würde. Damit stimmt auch der oben angeführte Satz der Motive zu Entw. I § 1066 überein und die Motive enthalten [1]) noch die Erwägung: jede Forderung erweitert sich um die Kosten, welche der Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung aufwenden muß, er würde sonst das nicht bekommen was ihm geschuldet wird.

Da im vorliegenden Fall die persönlichen Schuldner und die Eigentümer der belasteten Grundstücke dieselben Personen sind, kann dahingestellt bleiben, ob sich bei Ver-

[1]) Ebendort S. 649.

schiedenheit dieser Personen der persönliche Erstattungsanspruch gegen die eine oder die andere Person richten würde (wie z. B. der persönliche Anspruch wegen Erstattung der „Kosten der Rechtsverfolgung" bei bloß hypothekarischer Klage sich von dem persönlichen Anspruch der Hauptforderung trennen würde).

Hienach ist anzunehmen, daß die Beklagten vermöge stillschweigender Vereinbarung bei der Bestellung der Hypothek verpflichtet sind, dem Kläger die Kosten zu erstatten, deren Aufwand für die Kündigung nach § 1141 BGB. notwendig gewesen ist. Eine Verschiedenheit der Kündigung nach § 1141 BGB. und nach § 609 kommt hier nicht in Frage.

Demgemäß ist weiter zu prüfen, ob die Aufwendung der Zustellungskosten, deren Erstattung verlangt wird, im vorliegenden Falle notwendig war, d. h. wie aus § 91 CPO. in rechtsähnlicher Weise zu entnehmen ist, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (was in der weiteren Ausführung bejaht wird).

Urt. des I. CS. vom 2. Juni 1905 i. S. Teufel g. Pfersich.

41.

Zum Begriff der „Benachteiligung der Gläubiger" i. S. des Anfechtungsgesetzes.

Dem Bekl. steht gegen die Muttter der Klin. eine fällige Forderung von über 2000 Mk. zu. Die Schuldnerin hat ihren mit Hypotheken überlasteten Hausanteil an die Klägerin verkauft gegen Uebernahme der Hypotheken durch die Klin., der die seit 1. Oktober 1902 laufenden Mietzinse abgetreten wurden. Bekl. hat später verfallende Mietzinse pfänden lassen, hiegegen hat Klin. Widerspruchsklage erhoben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung in diese Mietzinse für unzulässig zu erklären. Bekl. hat dagegen den Verkauf des Hausanteils an die Klin. angefochten und dabei ins-

besondere hervorgehoben, durch diesen Verkauf sei ihr die Möglichkeit entzogen worden, sich fernerhin aus den Mietzinsforderungen ihrer Schuldnerin zu befriedigen. Die Anfechtung ist für ungerechtfertigt erklärt worden aus folgenden

Gründen:

Der dem Bekln. obliegende Beweis, daß durch den Kaufvertrag vom 18. Dezember 1902 die Gläubiger der A. B., in erster Linie Beklagter, benachteiligt worden seien, ist nicht erbracht.

Eine Benachteiligung des Bekln. kann zunächst nicht darin gefunden werden, daß ihm durch den Verkauf die Aussicht das Haus um annehmbaren Preis selbst zu erwerben, genommen worden sei. Diese Aussicht, das Haus selbst zu erwerben, ist an sich und vollends mit Rücksicht auf die hypothekarische Belastung des Hauses eine solch fernliegende, daß mit ihr ernstlich nicht gerechnet werden kann. Zudem ist durchaus zweifelhaft, was Bekl. unter einem „annehmbaren“ Preis versteht.

Im Hinblick auf die den Wert des verkauften Hausanteils unter allen Umständen erheblich übersteigende hypothekarische Belastung desselben kann auch davon keine Rede sein, daß bei einem andern Verkauf ein Erlös sich hätte erzielen lassen, der den auf dem Haus nicht versicherten Gläubigern irgend eine Befriedigung verschafft hätte.

In Frage steht daher nur, ob die behauptete Unmöglichkeit, sich fernerhin durch die Mietzinsforderungen zu befriedigen, die Anfechtung des Kaufvertrags rechtfertigt. Auch diese Frage ist jedoch zu verneinen. Der Verkauf eines Grundstücks, das mit Hypotheken dergestalt überlastet ist, daß selbst bei einem den Schätzungswert erheblich übersteigenden Kaufpreis für die nicht hypothekarisch gesicherten Gläubiger nichts übrig bliebe, kann nicht deshalb als eine diese Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung angesehen werden, weil ihnen der Verkauf die Möglichkeit entzieht, sich in Zukunft aus den Erträgnissen (Mietpreisen) des Grundstücks zu befriedigen: denn diese künftigen ungewissen Er-

trägnisse gehören nicht zum gegenwärtigen Vermögen des Schuldners [1]); eine Benachteiligung der Gläubiger liegt aber nur vor, wenn durch den entgeltlichen Vertrag das gegenwärtige Vermögen des Schuldners vermindert (oder dem Zugriff entzogen) wird.

Wäre die Auffassung des Bekln. richtig, so wäre der Schuldner an jedem Verkauf irgend eines verpfändeten nutzbringenden Gegenstands gegen volles Entgelt gehindert, weil er dadurch den aus dem Gegenstand künftig zu erwartenden Nutzen seinen Gläubigern entzöge. Eine solch weitgehende Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über sein Vermögen steht dem Gläubiger nicht zu.

Urt. des I. CS. vom 16. Juni 1905 i. S. Eisele g. Bihler.

42.

Sind ortsbaustatutarische Kanalbeiträge und Ansprüche auf Ersatz von Straßenbaukosten (Art. 11 und 15 der allg. Bauordnung vgl. mit § 2 Ziff. 10, §§ 3 u. 4 des Stuttgarter Ortsbaustatuts) Forderungen wegen öffentlicher Abgaben i. S. des § 61 Ziff. 2 KO.?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Die fraglichen Forderungen der Gemeinde, die sich auf Art. 11 und 15 der Bauordnung in Verbindung mit § 2, § 3 und § 4 des Ortsbaustatuts für Stuttgart gründen, sind öffentlich-rechtliche Forderungen und stehen, falls der Anspruch selbst bestritten ist, unter verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit gemäß Art. 10 Ziff. 7 des Württ. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876 („Beiziehung zu Abgaben, zu Beiträgen oder sonstigen Leistungen für öffentliche Zwecke der Gemeinde"), während bei dem vorliegenden Streit über das Vorrecht des § 61 Ziff. 2 KO.

[1]) Gaupp-Stein Kom. z. CPO. § 857 I Ziff. 3.

für diese wie für andere öffentlich rechtliche Forderungen die Zivilgerichtsbarkeit begründet ist[1]).

Aber trotz dieser öffentlich-rechtlichen Eigenschaft der Forderungen betreffen sie Gegenleistungen der Einzelnen gegenüber bestimmten, ihnen von der Gemeinde gemachten Leistungen, deren Inhalt sich den privatrechtlichen Leistungen und Gegenleistungen nähert und zwar im Fall der Benützung der öffentlichen Dohle denen des Mietvertrags oder, weil es sich nur um einen einmaligen Beitrag handelt, des Werkvertrags, im Fall der Abgrabung der Straße denen des Werkvertrags. Die öffentlich-rechtliche Eigenschaft ist hiebei dadurch begründet, daß die Gemeinde als solche wegen des gleichmäßigen Bedürfnisses vieler Einzelner und wegen der erforderlichen Zuverlässigkeit und Gleichartigkeit der Ausführung, sowie wegen der Bedeutung der Straßen- und Dohlenführung auch für die Allgemeinheit, die Herstellung und Unterhaltung übernimmt. Wenn die Gegenleistung die Kosten der Gemeinde in der tarifmäßigen Verteilung nur zum Teil deckt, so ist dadurch für diesen Teil die Eigenschaft einer, wenn auch nur teilweisen, Gegenleistung nicht beeinträchtigt, während die Kosten zum andern Teil in diesem Fall durch eigentliche Steuern oder andere Einnahmen der Gemeinde gedeckt werden müssen.

Unter den „öffentlichen Abgaben" des § 61 Ziff. 2 KO. sind nun nach der Auslegung dieser Gesetzesstelle, die sich den Motiven des Entwurfs im Zusammenhang mit der weiteren Gestaltung des Gesetzes anschließt, nur öffentliche Abgaben im engeren Sinn zu verstehen, Steuern und der Steuer ähnliche Angaben, und sind insbesondere (soweit im Unterschied gegen § 70 Abs. 3 GVG.) die Gerichtsgebühren nicht zu verstehen[2]).

[1]) Zu vgl. Entsch. des Verwaltungsgerichtshofs WürttJ. Bd. 14 S. 359, Bd. 15 S. 371, KO. § 146 Abs. 5.

[2]) So RG. Bd. 21 S. 49, Bd. 28 S. 87. Zu vgl. die dem Reichstag vorgelegten Motive der KO. zu §§ 54—56 I a. E., ferner Sarwey-Bossert, KO. Anm. 11 zu § 61, Petersen-Kleinfeller Anm. 10 zu § 61 KO.

Dagegen vertritt Jäger[1]) die Ansicht, daß die Gebühren auch unter § 61 Ziff. 2 KO. fallen, da die Aeußerungen der Motive sich aus der früheren Absicht, alle Vorrechte der öffentlichen Kosten abzuschaffen, erklären und eine Scheidung zwischen eigentlichen Steuern und Gebühren untunlich sei.

Allein die Motive zu demjenigen Entwurf der KO., der das Vorrecht der „öffentlichen Abgaben" enthielt, ergeben unzweifelhaft, daß dieses Vorrecht möglichst beschränkt sein und der Begriff „öffentliche Abgaben" in engstem Sinn verstanden, insbesondere Gerichtskosten nicht einbegriffen sein sollen. Dieser Auffassung ist im weiteren Verlauf der gesetzgeberischen Gestaltung nicht entgegengetreten worden. Was die Unterscheidung der verschiedenen Leistungen an Staat und Gemeinde betrifft, so zeigen sich verschiedene Abstufungen, die von der Bezahlung eines entsprechenden Geldpreises für eine einzelne Leistung des Staats oder der Gemeinde, wie in der Privatwirtschaft, zu der eigentlichen Steuer führen d. h. zur Leistung von Geldbeiträgen an den Staat oder die Gemeinde, welche der Einzelne als Bürger oder Einwohner ohne genaue Beziehung von Leistung und Gegenleistung aufeinander bezahlt. Als Mittelstufen erscheinen einmal die Gebühr, ein Pauschalpreis bei weniger deutlich entsprechender Leistung und Gegenleistung, und ferner die Beiträge, mit denen man die Einzelnen da belegt, wo gewisse dauernde staatliche Leistungen diesen Einzelnen vorzugsweise zu gute kommen[2]).

Dieser letzteren Stufe gehören die hier fraglichen Beiträge und Ersatzleistungen an und sie stehen, wie oben ausgeführt, der Privatwirtschaft sehr nahe. Es ergibt sich daraus, daß sie den eigentlichen Steuern um so mehr fernestehen. Sie können daher nicht unter den steuerähnlichen, der Steuer nahestehenden Leistungen befaßt werden. Im

[1]) KO. 2. Auflage Anm. 17 zu § 61 S. 499 ff.

[2]) Zu vgl. Schmoller, Grundriß der allg. Volkswirtschaftslehre Bd. I Nr. 108 S. 306, 307.

Unterschied von den Gebühren sind diese Beitragsleistungen auch nicht durch die Bezeichnung „Abgaben" getroffen, nähern sich auch sonst mehr, als die Gebühren, der Privatwirtschaft.

Nach dem oben Ausgeführten ist anzunehmen, daß unter den „öffentlichen Abgaben" des § 61 Ziff. 2 KO. jedenfalls nur Abgaben im engeren Sinn, nur steuerähnliche, der Steuer nahekommende Leistungen zu verstehen sind. Die fraglichen Beiträge und Kostenersatzleistungen fallen also nicht unter § 61 Ziff. 2 KO. und die Klage ist vom ersten Richter mit Recht abgewiesen.

Urt. des I. CS. vom 30. Juni 1905 i. S. Stadtgemeinde Stuttgart g. Fauselsche Konkursmasse.

43.

1. Ist für den Anspruch eines Unteroffiziers auf Mietzinsentschädigung i. S. des § 10 der Servisvorschrift für das preuß. Heer der Rechtsweg zulässig (Art. 2 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes)?

2. Zur Auslegung der genannten Servisvorschrift.

Der Bekl. ein bei der Korpsintendantur in Stuttgart verwendeter Zahlmeisteraspirant, der daselbst für sich und seine Familie eine Wohnung gemietet hatte, wurde auf den 4. Mai 1899 zu seinem Truppenteil, dem Grenadierregiment Nr. 123 in Ulm, zurückversetzt. Die in Stuttgart gemietete Wohnung konnte er erst auf den 1. Oktober 1899 kündigen, sie konnte in der Zwischenzeit auch nicht anderweitig vermietet werden. Die Familie blieb daher bis zum 1. Oktober 1899 in der Wohnung, bis zu diesem Zeitpunkt hat der Bekl. auch den Mietzins an seinen Vermieter bezahlt.

Am 4. Mai 1899 meldete sich der Bekl. bei seinem Truppenteil in Ulm. Von diesem ließ er sich vom 6.—31. Mai 1899 behufs Erlangung einer Civilstellung nach Norddeutschland beurlauben. Am 6. Mai 1899 ging der Bekl., der sich zunächst keine Wohnung in Ulm gemietet hatte, zu seiner Familie nach Stuttgart und reiste von dort nach eini-

gen Tagen zu dem bereits erwähnten Zweck nach Norddeutschland, von wo er gegen Ende Mai 1899 nach Stuttgart und sodann zu seinem Truppenteil zurückkehrte. Vom 1. Juni bis 31. August 1899 wurde der Bekl. zum Bekleidungsamt in Ludwigsburg kommandiert, er ging dorthin von Ulm aus ab. Während des Kommandos in Ludwigsburg mietete er sich dort keine ständige Wohnung, sondern fuhr auf Grund einer ihm vom Vorstand des Bekleidungsamts erteilten Erlaubnis regelmäßig abends nach Stuttgart, übernachtete dort in seiner Familienwohnung und kehrte morgens nach Ludwigsburg zurück. In Ludwigsburg übernachtete er nur ausnahmsweise. Am 1. September 1899 trat der Beklagte zu seinem Truppenteil zurück und machte mit diesem die Herbstübungen mit. Vom 14. September 1899 ab war er in seinem Standort Ulm selbst und mietete sich, bis seine Familie am 1. Oktober 1899 nachkam, ein Zimmer. Für den Monat Mai 1899 bezog der Bekl. den Servis für Ulm, für die Monate Juni, Juli und August den Naturalquartierservis von monatlich 14 Mk. 70 Pfg. und einen Löhnungszuschuß von täglich 50 Pfg. Auf Grund des § 10 Ziffer 1 der Servisvorschrift für das Preuß. Heer, woselbst gesagt ist, „Versetzten Selbstmietern wird der Mietzins erstattet, den sie für die an ihrem bisherigen Standort innegehabte Wohnung bis zu dem Zeitpunkt haben aufwenden müssen, mit dem die Auflösung des Mietverhältnisses möglich wurde", erhielt der Bekl. auf sein Ansuchen die Mietsentschädigung für die Wohnung in Stuttgart auf die Zeit vom 4. Mai bis 30. September 1899 im Betrag von 255 Mk. 78 Pfg. durch die zuständige Zahlstelle, die Kassenverwaltung des 1. Bat. des Grenadierregiments Nro. 119 in Stuttgart, ausgezahlt. Mit der Klage hat der Reichsmilitärfiskus 203 Mk. von diesen 255 Mk. zurückgefordert, da er insoweit eine Nichtschuld bezahlt habe. Das Berufungsgericht hat zunächst den Rechtsweg für zulässig erklärt und durch ein späteres Urteil der Klage zum Betrag von 155 Mk. entsprochen.

a. Gründe des ersten Urteils.

In erster Linie fragt es sich, ob der vorliegende Streit unter die „Streitigkeiten über Rechtsansprüche auf Besoldungen, Wartgelder, Ruhegehalte oder sonstige ständige Bezüge öffentlicher Diener" fällt, welche nach Art. 2 Ziffer 1 des württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 vor die bürgerlichen Gerichte gehören, ob also der Bekl. ein öffentlicher Diener im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist, und — im Falle der Bejahung — ob es sich um einen Anspruch des Bekln. auf Besoldung oder auf einen ständigen Bezug handelt.

A. Die Motive zum Verwaltungsrechtspflegegesetz [1]), umgrenzen den Begriff des „öffentlichen Dieners" lediglich dahin, daß „darunter gleichmäßig die Beamten des Staats, der Gemeinden und anderer Körperschaften, die ständischen Beamten sowie die Kirchen- und Schuldiener zu verstehen seien", — ohne daß sich im Gesetze selbst oder in seinen Materialien eine Erläuterung oder Festlegung des Begriffs „Beamter" findet; ebensowenig definiert die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819, was sie in ihren §§ 43/46 unter „Staatsdiener" und „Staatsamt" versteht; und das Württ. Gesetz vom 28. Juni 1876, betreffend die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten sowie der Angestellten an den Latein- und Realschulen, beschränkt sich auf sein eigenes Anwendungsgebiet, indem es in Art. 1 besagt: „Beamter im Sinne des gegenwärtigen Gesetzes ist jede Person, welche in dem Staats- und öffentlichen Schuldienste durch den König oder durch eine höhere Staats- oder Schulbehörde angestellt, d. h. auf eine bestimmte Stelle ernannt oder auf solcher bestätigt worden ist, mit Ausnahme der bei dem Militär Angestellten, der Unteroffiziere des Landjägerkorps und der Landjäger sowie der Volksschullehrer."

B. Der Begriff „Staatsamt" — nur um ein Staats-

[1]) Hohl S. 37.

amt, nicht um ein anderes Amt kann es sich hier handeln, — ergibt sich jedoch aus unbestrittenen wissenschaftlichen Sätzen; Laband[1]) sagt: „Ein Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften"; [auch das Geschworenenamt ist ein Staatsamt, aber der Geschworene ist nicht Beamter, da er nicht als Staatsdiener ernannt ist[2])], Rehm[3]) „das Staatsrecht ist gerichtet auf Verwirklichung von Staatsaufgaben, — ist ein bestimmter Kreis öffentlicher Geschäfte, zu deren Vollziehung im Namen des Herrschers eine physische Person kraft persönlichen, öffentlichen Auftrags desselben rechtlich verpflichtet ist"; ebenso Gaupp-Göz[4]): „Das Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht bestimmter und begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften".

C. Den Begriff „Staatsbeamter", definiert Gaupp-Göz[5]): „Beamte sind solche Personen, welche zum Zwecke der Uebernahme eines Staatsamts sich freiwillig in ein — von der allgemeinen Untertanspflicht verschiedenes, besonderes, öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Staat begeben haben („Staatsdienst"), im Gegensatz zu denjenigen, welche, ohne in einem solchen Dienstverhältnisse zu stehen, freiwillig oder auf Grund einer allgemeinen öffentlichen Pflicht ein Amt verwalten („Ehrenamt").

Und was die rechtliche Stellung des Beamten anlangt, so geht die herrschende Meinung dahin: daß die Anstellung eines Beamten nicht durch einseitigen Akt des Staatsoberhaupts, sondern durch — auf Uebernahme und Gewährung gegenseitiger Verpflichtungen gerichteten Konsens, also durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, also durch einen Vertrag — einen staatsrechtlichen Vertrag, einen

---

[1]) Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. Auflage 1901 Band I S. 338 (in Bezug genommen ebenda S. 402).

[2]) Laband I S. 402/403.

[3]) In Hirths Annalen 1885 S. 80/81.

[4]) Staatsrecht des K. Württ. S. 141 und 143.

[5]) a. a. O. S. 143.

Dienstvertrag des öffentlichen Rechts, nicht einen privatrechtlichen Vertrag (nur dies verneint die vom bekl. Vertreter angezogene Entscheidung des Reichsgerichts [1]) — erfolgt: so Laband [2]; so Rehm [3]: „Die rechtliche Gebundenheit des Staatsdieners verdankt ihre Begründung der Willensübereinkunft zweier von einander unabhängigen Rechtssubjekte; das Staatsdienerverhältnis ist ein aus öffentlichen und privaten Rechten zusammengesetztes Verhältnis. Primär oder ursprünglich ist das öffentliche Element. Dahin gehören die Pflichten des Staatsdieners und sein Anspruch auf Schutz und Ehre. Sekundär oder abgeleitet ist das privatrechtliche Element, welches die vermögensrechtlichen Ansprüche des Dieners zum Inhalt hat".

Durch diese herrschende Ansicht ist die privatrechtliche Natur der Besoldungsansprüche der Beamten jedenfalls nicht prinzipiell ausgeschlossen.

Allerdings führt Seydel [4]) gegen Laband, dessen Ergebnisse er auf die Formel bringt: „Das öffentliche Dienstverhältnis entstehe zwar durch Vertrag, aber es bestehe nicht durch Vertrag", aus: „Das Kennzeichen des öffentlichrechtlichen Dienstvertrages muß darin liegen, daß unbeschadet der dem Vertragsbegriffe wesentlichen Freiheit beider Teile, den Vertrag einzugehen oder nicht, das öffentliche Recht aus öffentlichem Interesse bestimmend in den Vertragsinhalt eingreift. Das öffentliche Interesse ist nicht bloß Beweggrund des Rechtsgeschäfts, sondern es ist rechtlich entscheidend für das Rechtsverhältnis selbst. Damit tritt letzteres, und zwar ganz und gar, nicht bloß nach dieser oder jener Richtung hin, in den Bereich des öffentlichen Rechts. Ein Verhältnis, das als Ganzes vom öffentlichen Recht beherrscht wird, ge-

[1]) RG. 42 S. 125.

[2]) Staatsrecht des Deutschen Reichs. Band I S. 420/421, Band IV S. 179.

[3]) In Hirths Annalen 1885 S. 160, 110.

[4]) Bayrisches Staatsrecht. 2. Aufl. 1896 Band II S. 185/189.

hört auch als Ganzes dem öffentlichen Rechte zu"; und ähnlich bemerkt Anschütz[1]): „Nur der Eintritt in den Beamtenstand, die Begründung des Beamtenverhältnisses erfordert die Einwilligung des Beamten, der Inhalt des Verhältnisses ist ausgefüllt durch zwingende Normen des öffentlichen Rechts; das Beamtenverhältnis ist kein Vertrag zwischen dem Staat und dem Beamten, sondern ein Status, gekennzeichnet durch besondere Pflichten und besondere Rechte, welche insgesamt unmittelbar auf dem Gesetz, nicht auf Vertrag beruhen; alle pekuniären Gegenleistungen des Staates für die ihm geleisteten Dienste sind Objekt öffentlichrechtlicher, nicht privatrechtlicher, Ansprüche".

Seydel selbst jedoch[2]) bezeichnet die Streitfrage als praktisch nicht von erheblichem Belange, insofern durch gesetzliche Bestimmungen außer Zweifel gestellt sei, was im einzelnen Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten sein könnte, — und Anschütz fügt[3]) bei: daß diese Ansprüche (die Ansprüche der Beamten auf die pekuniären Gegenleistungen des Staats) — nach Reichsbeamtengesetz § 149 und nach gleichartigen Bestimmungen der Landesgesetze — im Streitfalle der Kognition der ordentlichen Gerichte unterstellt sind, ändere an der von ihm vertretenen Ansicht nichts.

In der Tat kommt auf die wissenschaftliche Richtigkeit der theoretischen Anschauungen, auf welchen die positiven, Streitigkeiten über Besoldungsansprüche der Beamten den bürgerlichen Gerichten zuweisenden, landesgesetzlichen Normen beruhen, nichts weiter an; wenn diese theoretischen Anschauungen heute als unhaltbar erscheinen sollten, so wäre damit die Gültigkeit der positiven Norm in keiner Weise erschüttert.

So gehen die Motive zu dem Preußischen Gesetz vom 24. Mai 1861 davon aus: „daß die vermögensrechtlichen

---

[1]) Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Band II S. 589, 592.

[2]) a. a. O. S. 189.

[3]) a. a. O.



Ansprüche der Staatsbeamten denjenigen Teil des Staatsdienerverhältnisses bilden, welcher gegenüber der Ausübung der Dienstfunktionen als des rein staatlichen Teils, als die privatrechtliche Seite desselben bezeichnet werden muß" und der Kommissionsbericht zu Art. 2 Ziffer 1 des Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes [1]) führt aus: „auch die bestehende Praxis anerkannte in dem Falle die zivilrichterliche Zuständigkeit, wenn der Anspruch auf einen besonderen Dienstvertrag sich stützte. Nun liegt aber ein Vertrag stets vor, auch da, wo ohne besondere Stipulationen durch die Uebertragung des Amts von der einen und durch die Annahme von der andern Seite stillschweigend die allgemeinen Normen als maßgebend und verpflichtend anerkannt werden. Dieser Anstellungsvertrag ist es, durch welchen der öffentliche Diener seinen Anspruch auf die mit der Stelle verbundenen Gegenleistungen erwirbt, und man ist daher nicht gehindert, für diese nicht unmittelbar aus dem öffentlichen Recht, sondern aus dem Vertrage fließenden Ansprüche die Zuständigkeit des Civilrichters zuzulassen und damit die bestehende Praxis abzuändern".

Diese übrigens mit der Rehmschen Ansicht übereinstimmenden Anschauungen sind lediglich die Quellen, aus welchen sich das positive Gesetz zu völlig selbständiger Existenz losgelöst hat.

D. Speziell für das Württembergische Recht geben die §§ 43/53 der Verfassungsurkunde wenigstens die entscheidenden äußeren Merkmale an: diese §§ unterscheiden nicht zwischen Staatsbeamten und Staatsdienern, sondern reden nur von Staatsdienern, — und es ist rechtsirrtümlich, wenn der Kommissionsbericht zum Württembergischen Beamtengesetz [2]) meint: schon der Wortlaut des § 44 der Verfassung ergebe, daß Staatsdiener und Staatsbeamte unterschieden seien; nur für die letzteren sei eine besondere Prüfung erfordert, während § 46/50 für alle Staats-

[1]) Hohl S. 83.

[2]) Protokollband I S. 526 Spalte 2.

diener ohne Unterschied gelten; mit dem „gesetzmäßig geprüft werden" und für „tüchtig erkannt werden" ist vielmehr nicht ein Examen oder gar ein wissenschaftliches Examen gemeint, sondern jede Qualifizierung durch die dazu zuständige Behörde, wie z. B. der § 5 der K. Verordnung vom 8. März 1837, in betreff der Befähigung zu Anstellungen in dem Departement des Kriegswesens, bezüglich der niederen Stellen im Kriegsverwaltungssache bestimmte: „Eine besondere Dienstprüfung wird daher (weil vorzüglich auf Leute Rücksicht genommen werden soll, welche lange und gut im Militär gedient haben), von Bewerbern um solche nicht erfordert, sondern nur verlangt, daß sie sich durch die Art ihrer bisherigen Dienstleistungen oder auf eine sonst genügende Weise über ihre Befähigung auszuweisen vermögen".

Das entscheidende äußere Merkmal aller Staatsdiener ist nun nach §§ 43/45 der Württembergischen Verfassung: 1. Ernennung durch den König, *sofern nicht Verfassung* oder besondere Rechte *eine Ausnahme begründen*; (ebenso preußische Verfassung Art. 74 „durch den König ernannt, sofern das Gesetz nicht ein anderes verordnet"); 2. gesetzmäßige Qualifizierung; 3. dem Könige abzulegenden Diensteid.

Auf diese *äußeren Merkmale* sowie weiter auf die *vertragsmäßige Begründung* des Verhältnisses (oben Ziffer C) und darauf, daß der so übertragene Wirkungskreis ein *durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften* ist (oben Ziffer B), kommt es an: alle die Personen, bei denen diese Erfordernisse verwirklicht sind, sind *Staatsdiener* im Sinne der Verfassung und zugleich *öffentliche Diener* im Sinne des Art. 2 Ziffer 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes: denn daß diese beiden Begriffe — *Staatsdiener* im weiteren Sinne und öffentliche Diener — identisch sind, kann einem Zweifel nicht unterliegen.

E. Der Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes kommt nicht

weiter in Betracht: er definiert den Begriff des Beamten — wie bereits hervorgehoben — nur „im Sinne des gegenwärtigen Gesetzes"; und wenn er das „Angestelltsein" präzisiert durch „auf eine bestimmte Stelle Ernanntsein", so wird hier ein Erfordernis aufgestellt, welches dem Begriff des Staatsdieners nicht innewohnt. Die herrschende Meinung findet nämlich die Begründung des Staatsdienerverhältnisses in der Ernennung oder Anstellung und unterscheidet diesen Akt scharf von der Uebertragung eines bestimmten Amtes; so Laband[1]); Anschütz[2]), der die Definition des Beamten in § 359 Strafgesetzbuch „alle im Dienst des Reichs oder eines Bundesstaates . . . angestellten Personen" für allgemein zutreffend erklärt[3]); und Rehm[4]) führt Art. 1 des Württ. Beamtengesetzes gerade als typisches Beispiel der Vermengung beider Rechtsvorgänge an, insofern die Worte „auf eine bestimmte Stelle ernannt" zum Begriff des Beamten gerade nicht gehören.

Uebrigens nimmt der Art. 1 des Beamtengesetzes die „beim Militär Angestellten" ausdrücklich aus, — nimmt also an, daß ohne diese ausdrückliche Ausnahme auch sie Beamte in seinem Sinne wären.

Daß Offiziere Staatsdiener sind, wird allgemein angenommen[5]).

Die Württembergischen Offiziere werden — gesetzmäßig

[1]) Bd. I S. 421.

[2]) in Enzyklopädie II S. 589.

[3]) Vgl. RG. 51 S. 290/308.

[4]) Hirths Annalen 1895 S. 167.

[5]) Laband Band IV S. 180: „der Offizier ist im juristischen Sinne Staatsbeamter (nicht Reichsbeamter)"; RG. 55 S. 171 ff., wo Leutenant J. ohne weiteres als Beamter behandelt wird; und ebenso wie Laband IV S. 180 führt Anschütz I S. 589 Offiziere z. D. als ein Beispiel dafür an, daß Beamte Beamte bleiben, auch wenn sie zeitweise ohne Amt sind, — weil nur die Verpflichtung zur Uebernahme von Staatsämtern, nicht die Tatsache der Innehabung eines Amtes, für den Beamten begriffswesentlich ist; vgl. RG. 51 S. 290 ff.

geprüft und für tüchtig erkannt — vom König ernannt und leisten ihm zwar nicht einen Eid auf die Verfassung, wohl aber — entsprechend der besonderen Natur des Militärdienstes — den Fahneneid[1]), und daß die übrigen oben entwickelten Requisite des Staatsdienerverhältnisses vorliegen, liegt auf der Hand.

Offensichtlich gehen die Württ. Verfassung und die gleichzeitigen wie nachfolgenden Württembergischen Gesetze davon aus, daß der Staatsdienst in die Kategorien des Bürgerlichen Staatsdienstes und des Militärdienstes zerfalle[2]); so sagt die K. Verordnung vom 13. September 1819, die Pensionierung der Militärpersonen und ihrer Witwen betreffend, auf welche in § 101 der Verfassung hingewiesen ist, — (entsprechender Hinweis für Civilstaatsdiener in § 50 der Verfassung auf das Edikt vom 18. November 1817) — in Abs. 2: „Wir glauben unsere Ueberzeugung, daß Militärdienste, soweit es die eigentümliche Natur derselben erlaubt, nach denselben Grundsätzen wie bürgerliche Staatsdienste zu würdigen seien, — nicht besser aussprechen zu können u. s. w."; so die Gesetze vom 7. September 1849, 1. betreffend die Abänderung einiger gesetzlicher Bestimmungen über Quieszierung und Pensionierung von Civilstaatsdienern, — und 2. betreffend die Abänderung bezw. Ergänzung des Militärpensionsgesetzes

[1]) Vgl. die Formel des Soldateneids Anhang zu den Königsartikeln vom 27. September 1818, Reyscher, Kriegsgesetze II S. 1518, sowie die allgemeine Kriegsdienstordnung für die K. Württ. Truppen vom 12. Oktober 1824, militärischer Teil §§ 20 u. 21, und vom 7. Februar 1858 § 75 u. vgl. weiter Art. 4 der Militärkonvention vom 21./25. November 1870.

[2]) Vgl. Seydel a. a. O. Band II S. 190: „der öffentliche Staatsdienst scheidet sich in zwei große Gruppen der Staatsdienste, die im Bereiche der Heerverwaltung und die in den übrigen Gebieten der Staatstätigkeit"; Preußisches Allg. Landrecht II 10 § 1: „Militär- und Civilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung, und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen".

vom 13. September 1819, — welch letzteres das Militärpensionsgesetz vom 13. September 1819 in „Uebereinstimmung“ mit dem „Gesetze vom heutigen Tage“ „betreffend die Abänderung einiger gesetzlicher Bestimmungen über Quieszierung und Pensionierung von Civildienern“ zu bringen beabsichtigte; so das Gesetz vom 24. Mai 1853, in betreff nachträglicher Bestimmungen zu den Gesetzen vom 7. September 1849 über Quieszierung und Pensionierung der Civil- und Militärdiener; und so das Gesetz vom 29. März 1865 betreffend die Abänderung einiger gesetzlicher Bestimmungen über die Bemessung der Quieszenzgehalte und Pensionen der Civil- und Militärdiener.

Entsprechend bemerkt der Kommissionsbericht zum Württ. Beamtengesetz[1]: „danach sind zu den Staatsdienern nicht zu rechnen alle, welche durch ihre Dienstleistung für den Staat bloß einer allgemeinen Bürgerpflicht genügen, wie die Soldaten und die Landwehrmänner, während die Offiziere, welche vom König zur Führung der Truppen bestellt sind, sowie jene Personen, welche sonst in seinem Auftrage die Interessen der bewaffneten Macht zu verwalten und zu vertreten haben, als Staatsdiener bezeichnet werden können.“ Daß endlich das Preußische Allgemeine Landrecht zwischen Staatsdienern und Staatsbeamten nicht unterscheidet und unter den Staatsbeamten die Offiziere mitumfaßt, und daß das Preußische Gesetz vom 24. Mai 1861 auf demselben Standpunkt steht, ist in der Entscheidung des Preußischen Kompetenzgerichtshofs vom 13. August 1870 ausführlich dargelegt.

Ueber die nunmehr zu erörternde Frage, ob Unteroffiziere Staatsdiener (= öffentliche Diener) sind, spricht sich das eben gedachte Urteil nicht ausdrücklich aus; es wurde jedoch bei der Beratung des Reichsmilitärpensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 in der Reichstagssitzung vom 7. Juni 1871

---

[1]) Protokollband I S. 527 Spalte 1.

darüber verhandelt: der Abgeordnete Lasker bemerkte, daß die Entscheidung des Kompetenzgerichtshofes vom 13. August 1870 gerade im Reichstag kursiere, und führte aus: „diese Entscheidung bezieht sich zwar auf Offiziere, aber begründet ist sie damit, weil die Offiziere als Beamte in demselben Verhältnis zum Staate stehen, wie jeder andere Beamte, der seine Besoldung vom Staate bezieht ..... Es kann keinem Zweifel unterworfen sein, daß die Feldwebel und Unteroffiziere in dieselbe Gattung fallen, denn sie sind gerade so Beamte wie die Offiziere, und es ist mir persönlich nicht zweifelhaft, daß, wenn dieselbe Entscheidung einmal von einem gemeinen Soldaten angerufen wird, genau so entschieden werden muß, denn dieselbe Ratio des Gesetzes paßt auf alle, welche ihren Sold vom Staate beziehen" [1]); Kriegsminister von Roon erklärte: „er habe das betreffende Erkenntnis noch nicht unter den Händen gehabt; für die Offiziere sei allerdings bisher schon in einem gewissen Grade der Rechtsweg offen gewesen, bei den Unterklassen aber sei bisher ein solches Verhältnis noch nicht eingetreten; was für Offiziere gelte, die allerdings als besoldete Beamte des Staates angesehen werden können, gelte keineswegs für diejenigen, die nur der allgemeinen Wehrpflicht genügen, und der Schluß, den Lasker aus diesem einen Präzedenzfall ziehe, daß damit auch der Rechtsweg offen gewesen wäre für alle Invaliden vom Feldwebel abwärts, scheine ein gewagter" [2]).

Ob die nur in Erfüllung der allgemeinen Wehrpflicht dienenden Soldaten, welche allein hier Kriegsminister von Roon in Gegensatz stellte zu der Beamteneigenschaft der Offiziere, ebenso wie dieser Gegensatz allein — unter Nichterwähnung der Unteroffiziere — im oben angezogenen Kommissionsbericht zum

[1]) Stenogr. Berichte der Reichstagsverhandlungen 1871 Band 2 S. 1079 Spalte 1 und S. 1082 Spalte 1.

[2]) a. a. O. S. 1081 Spalte 1, S. 1082 Spalte 2.

Württ. Beamtengesetz [1]) hervorgehoben wird, — nach Preußischem und nach Württembergischem Recht als Staatsdiener anzusehen sind, bedarf keiner Entscheidung; [nach Württembergischem Recht wäre dies wohl zu verneinen] [2]).

Zur Prüfung steht vielmehr allein, ob nach Württembergischem Rechte Unteroffiziere Staatsdiener (= öffentliche Diener) sind und dies ist zu bejahen.

Daß die Unteroffiziere ein militärisches Amt, — einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von staatlichen Geschäften, ein Kommando [3]) versehen, steht außer Zweifel: ihre militärische Befehlsgewalt über Untergebene beruht ebenso wie die Befehlsgewalt der Offiziere in einem Amtsauftrage d. h. in einer staatlichen Delegation; es braucht auch nicht etwa die Bemerkung des Kommissionsberichtes zum Württembergischen Beamtengesetz [4]), wonach Staatsdiener im Sinne der Verfassung nicht nur der ist, der Rechte des Staates auszuüben berufen sei, sondern auch Amtsgehilfen, wie Kanzlisten, Registratoren, Sekretäre seien Staatsdiener, herangezogen zu werden: die Unteroffiziere sind nicht nur Amtsgehilfen, sondern sie üben kraft ihres militärischen Amtes recht eigentlich die staatliche Befehlsgewalt selbst aus, und zwar des öfteren völlig selbständig; wie z. B. in der Schlacht, sobald alle Offiziere kommandounfähig geworden oder gefallen sind.

Daß weiter die Kapitulation — auf Grund deren die Unteroffiziere dienen — ein Vertrag ist, hat Rehm [5])

[1]) Protokollband I S. 527 Spalte 1.

[2]) Es braucht demgemäß auf die Entscheidung des Reichsgerichts IV. Civilsenat vom 1. Februar 1894 Band 32 S. 119, in welcher ein im Jahr 1867 invalidierter Gefreiter als Militärbedienter, also als Staatsdiener im Sinne des Preußischen allgemeinen LRechts II 10 § 1 — als Staatsbeamter im Sinne des § 1 des Preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861 und als Staatsbeamter im Sinne des § 39 Ziffer 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz erklärt worden ist, — nicht näher eingegangen zu werden.

[3]) Vgl. Laband IV S. 59, 180/181, 187.

[4]) Protokollband I S. 527 Spalte 2.

[5]) a. a. O. S. 130.

aus dem Wortlaut der „Bestimmungen über Kapitulationen", — Preußische Kabinettsordre vom 8. Juni 1876 — nachgewiesen [1]): es ist gerade so ein öffentlich rechtlicher Vertrag wie der Vertrag, kraft dessen Civilstaatsbeamte und Offiziere angestellt werden. Laband [2]) hebt hervor, daß der höhere Militärdienst eine Laufbahn fürs ganze Leben, die Unteroffiziersstellung nur ein Durchgangsstadium sei; das macht jedoch hieher keinen Unterschied, — Laband selbst [3]) markiert die Gleichheit der Stellung mit den Worten: „es gibt keinen einzigen allgemeinen Rechtsbegriff, der nicht gleichmäßig für Offiziere, Unteroffiziere, Militärärzte und Militärbeamte wie für die Staatsbeamten des Civildienstes Anwendung fände". Die Unteroffiziere werden endlich von den Befehlshabern der Regimenter und selbständigen Bataillone ernannt: das ist in § 45 der Verfassung vorgesehen, „sofern nicht Verfassung .... eine Ausnahme begründet"; es ist ein Ernennungsrecht kraft Delegation des Kontingentsherrn; sie leisten den Fahneneid dem König von Württemberg; sie müssen zuvor gesetzmäßig geprüft und für tüchtig erkannt sein — § 44 der Verf., denn die betreffenden Offiziere dürfen die Kapitulation nur abschließen, wenn ein wesentlicher Nutzen für den Dienst zu erwarten ist, und die Beförderung erfolgt nach Dienstalter und Qualifikation [4]).

Hienach liegen alle Erfordernisse des Staatsdienerverhältnisses im Sinne der Württ. Verfassung und im Sinne des Art. 2 Z. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes bei den Unteroffizieren vor; daß die in der Hauptsache von Anfang an nur den Civilstaatsdienst betreffenden §§ 47/53 der Württ. Verfassung bezw. die die entsprechenden Materien des Militärdienstes regelnden Normen der früheren Württembergischen

[1]) Vgl. Laband IV S. 202.

[2]) IV S. 182.

[3]) S. 180.

[4]) Laband IV S. 201 und 203.

Gesetze nunmehr durch Reichsrecht bezw. durch Preußische Bestimmungen ersetzt sind, trifft für die Offiziere ebenso zu wie für die Unteroffiziere, und ist demnach ohne Belang.

In Verfolg des Kompetenzgerichtsurteils vom 13. August 1870 hat nach dem Zeugnis des Preußischen Kriegsminsteriums die Preußische Praxis die Zulässigkeit des Rechtswegs für vermögensrechtliche Ansprüche der Offiziere und Unteroffiziere aus ihrem Dienstverhältnis nicht mehr bezweifelt, also den § 1 des Preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861 („über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnis . . . findet . . . der Rechtsweg statt") als einschlagend erachtet.

Die vom ersten Richter angezogene Anmerkung 1 in Laband [1]) ist also unzutreffend und beruht auf einem Uebersehen des Kompetenzgerichtsurteils vom 13. August 1870 und Göz [2]) beruft sich lediglich auf diese Anmerkung.

In dieser Anmerkung heißt es am Schlusse: „Das Reichsbeamtengesetz hat die Militärbeamten den andern Reichsbeamten gleichgestellt aber nicht die Personen des Soldatenstandes. Das Reichsgesetz vom 27. Juni 1871 § 113 hat den Rechtsweg nur für die durch dieses Gesetz gewährten Pensionen, nicht für andere Ansprüche gestattet"; und vorliegend streiten die Parteien über die Tragweite der §§ 149 ff. des Reichsbeamtengesetzes und der §§ 113 ff. des Militärpensionsgesetzes, insofern der klägerische Vertreter in denselben nur eine Beschränkung der durch anderweite Normen gegebenen, nach diesen an keinen Vorbescheid von Verwaltungsstellen und an keine technische Entscheidungen derselben gebundenen Zulässigkeit des Rechtswegs erblickt, der Vertreter des Bekln. aber dies bestreitet.

Der § 108 des Entwurfs des Militärpensionsgesetzes [3])

[1]) Band IV S. 191, welche sich gleichlautend bereits in der ersten Auflage des Laband'schen Staatsrechts Band III S. 225 findet.

[2]) Verwaltungsrechtspflege S. 56.

[3]) Stenogr. Reichstagsberichte 1871, Anlagenband S. 248/249.

lautete: „Mit Ausschluß der auf Belastung, Einziehung und Wiedergewährung der Militärpension im Falle der Anstellung im Civildienst bezüglichen Ansprüche ist die Prüfung und Entscheidung aller auf Grund der im zweiten Teile dieses Gesetzes geltend zu machenden Ansprüche Sache der Militärbehörden. Gegen die Entscheidung derselben ist die Beschreitung des Rechtswegs unzulässig, wenn es sich um das Urteil über den Grad der Invalidität und Erwerbsunfähigkeit, um die Entscheidung darüber, ob in besonderen Fällen das Kriegs- oder Friedensverhältnis als vorhanden anzunehmen, ferner um Beantwortung der Frage, ob die vorhandene Dienst- und Erwerbsunfähigkeit durch Dienstbeschädigung entstanden ist oder nicht und endlich um die Beurteilung der Führung handelt"; und die Motive [1]) bemerkten dazu: „Soll zwar den Invaliden, falls sie sich in ihren Versorgungsangelegenheiten benachteiligt glauben, die Beschreitung des Rechtsweges im allgemeinen gestattet sein, so erscheint es doch auf der andern Seite wünschenswert, daß ein nutzloses Prozessieren da vermieden werde, wo es sich um technische Fragen handelt, deren Entscheidung nicht Sache der Gerichte, sondern nur Sache der Fachbehörden sein kann".

Statt dieses § 108 des Entwurfs schlugen von Bonin und Genossen als „dritten Teil Allgemeine Bestimmungen" die Bestimmungen vor, welche als §§ 113/117 Gesetz geworden sind [2]); diesen Verbesserungsvorschlag begründete der Abgeordnete Dr. Wagner folgendermaßen: „Es ist keineswegs die Absicht der Antragsteller gewesen, mit diesem Amendement irgend etwas Neues zu schaffen. Es besteht der allgemeine Grundsatz: vermögensrechtliche Ansprüche, seien sie auch gegen die Staatskasse gerichtet, und mögen sie auch aus publizistischen Rechtsverhältnissen entstanden sein, können im Rechtsweg verfolgt werden. Diesen Grundsatz hat auch das Preußische Recht und ebenso die Vorlage — der Gesetzentwurf selbst indirekt, die Motive direkt, — anerkannt. Mehr

[1]) a. a. O. S. 259.

[2]) Vgl. Anlagenband 1871 S. 435.

hat auch das Amendement, um das es sich hier handelt, nicht gewollt. Es könnte nur die Frage entstehen: ist es auch nötig, den Satz über die Zulässigkeit des Rechtswegs und seine Konsequenzen in das Gesetz selbst aufzunehmen? und dafür mußten sich die Antragsteller entscheiden: denn diese Sätze sind so wichtig, daß sie eines expressen und direkten Ausdrucks bedürfen; eine Verweisung auf die Motive konnte nicht genügend erscheinen: denn die Motive werden nicht mit dem Gesetze abgedruckt und geraten wenigstens für das größere Publikum, für das das Gesetz gilt, bald in Vergessenheit" [1]); bei der darauf folgenden Debatte darüber, ob (was abgelehnt wurde) [2]), in § 115 Ziffer a (des Gesetzes) hinter „Dienstunfähigkeit" die Worte „oder Erwerbsunfähigkeit" einzuschalten seien, gab der Abgeordnete Lasker die bereits oben herausgehobene Darlegung, daß in Verfolg des Kompetenzgerichtsurteils vom 13. August 1870 auch die vermögensrechtlichen Ansprüche der Unteroffiziere und der gemeinen Soldaten, wie die der Offiziere, dem § 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 zu subsumieren seien, — und fand von seiten des Kriegsministers von Roon die ebenfalls bereits oben herausgebogene Erwiderung; — der Preußische Bundeskommissar von Puttkammer aber trug vor: „Die verbündeten Regierungen haben bei der Stellung, die sie dieser Gruppe von Amendements gegenüber einzunehmen haben, von der Auffassung auszugehen, daß die eigentümliche Natur der durch dieses Gesetz geschaffenen vermögensrechtlichen Ansprüche es bedingt, sie der Regel des gemeinen Rechts gegenüber, daß jeder vermögensrechtliche Anspruch im Rechtswege verfolgbar sei, einigermaßen in eine Ausnahmestellung zu bringen. Es sind deshalb in der Vorlage in einer Reihe von Paragraphen Vorschriften, durch welche der Rechtsweg für einzelne Fälle ausgeschlossen ist, vorgesehen. Die ver-

[1]) Stenogr. Berichte 1871 Band 2 S. 1077 Spalte 1.
[2]) l. c. S. 1085.



bündeten Regierungen haben anzuerkennen, daß die Antragsteller in vielen wesentlichen Beziehungen auf demselben prinzipiellen Standpunkt mit ihnen sich befinden, und wenn allerdings durch die Amendements der Rechtsweg formell eröffnet wird, während er durch die Vorlage in einzelnen Fällen formell ausgeschlossen würde, und wenn auch die Regierungen gewünscht hätten, daß es auch in dieser Beziehung bei der Vorlage bleibt, so würden sie sich doch dahin resignieren können, daß der Rechtsweg formell eröffnet werde, wenn die materiellen Garantien, welche der § 114 der Antragsteller (= § 115 des Gesetzes) enthält, in einem Punkte noch vervollständigt werden" (nämlich durch Beifügung der Worte „oder Erwerbsunfähigkeit") [1]).

Nach dieser Vorgeschichte der §§ 113/115 des Militärpensionsgesetzes besteht kein Zweifel, daß hingesehen auf die vermögensrechtlichen Ansprüche der Offiziere die §§ 114 und 115 eine Einschränkung des durch Art. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 geschaffenen Rechtszustandes nicht darstellen, und daß eben dasselbe der Fall ist bezüglich der vermögensrechtlichen Ansprüche der Unteroffiziere, falls auch diese, wie es die Preußische Praxis tut, unter den Art. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 unterstellt werden; insbesondere ist klar ersichtlich, daß die — in der Regierungsvorlage nicht vorgesehene — formelle Eröffnung des Rechtswegs in § 113 nicht etwas Neues schaffen, sondern nur das bestehende Preußische Recht, eben das Gesetz vom 24. Mai 1861 wiederholen wollte.

Desgleichen bedurfte es nach Erlassung des Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes Art. 2 Z. 1 des § 113 des Militärpensionsgesetzes nicht mehr, um den Ansprüchen der Württembergischen Offiziere und Unteroffiziere auf Pensionen den Rechtsweg zu verleihen: der Art. 2 Z. 1 verweist die Ansprüche der Offiziere und Unteroffiziere in viel weiterem

[1]) l. c. S. 1078 Spalte 2.

Umfang, nämlich ihre Ansprüche auf Besoldungen, Wartgelder, Ruhegehalte oder sonstige ständige Bezüge vor die bürgerlichen Gerichte.

Dieser Bestimmung des Art. 2 Z. 1 gegenüber stellen die §§ 114/115 des Reichsmilitärpensionsgesetzes ebenfalls eine Einschränkung dar: dies ergibt der Wortlaut des Art. 2 Z. 1 von selbst, es kommt also nichts weiter darauf an, daß die Motive zum Verwaltungsrechtspflegegesetz es nicht für die Aufgabe des Entwurfs erachteten, das Problem einer prinzipiellen Grenzscheidung zwischen den Gegenständen der bürgerlichen und Verwaltungsgerichtsbarkeit zur gesetzlichen Lösung zu bringen, vielmehr nur hinsichtlich einzelner auf der Grenze liegender Fälle über die Zuständigkeitsfrage Bestimmung getroffen werden wollte[1]), daß also der Art. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes auf einem allgemeinen Prinzip wie dem des Preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861, demzufolge die Zulässigkeit des Rechtswegs bei jeder Behauptung der Verletzung von Privatrechten die Regel bilden solle, nicht beruht.

Aehnlich verhält es sich mit § 149 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873: § 141 der Regierungsvorlage lautete bereits wörtlich wie § 149 des Gesetzes, und die Motive führten dazu aus: „In den §§ 141/145 finden sich schließlich Bestimmungen über die gerichtliche Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten. Diese Bestimmungen sind im wesentlichen aus dem Preußischen Gesetze vom 24. Mai 1861 über die Erweiterung des Rechtswegs entnommen. Die ausdrückliche Gestattung des Rechtswegs ist im Interesse der Beamten jedenfalls wünschenswert, um jeden Zweifel auszuschließen, der bei der Verschiedenartigkeit der in den einzelnen Bundesstaaten bestehenden Gesetzgebungen sonst leicht eintreten könnte"[2]).

In der Folge wurden die §§ 141/147 der Regierungs-

[1]) Hohl S. 36/37, 81/82, 121.

[2]) Stenogr. Berichte 1872 Anlagenband S. 68 und S. 78 Spalte 1.

vorlage durch die §§ 149/159 der Kommissionsvorlage ersetzt[1]): § 141 der Regierungsvorlage war — nunmehr als § 149 erscheinend — unverändert geblieben und wurde in der Sitzung des Reichstags vom 4. Juni 1872 ohne jede Debatte angenommen[2]), und desgleichen wurde dem von der Kommission neu eingeführten § 157 — der wörtlich dem § 157 des Gesetzes entspricht („auf Personen des Soldatenstandes findet dieses Gesetz nur in den §§ 134—143 Anwendung") — ohne daß jemand das Wort wünschte, zugestimmt, obschon der Berichterstatter der Kommission diesen § 157 mit keinem Wort begründet hatte.

Hienach hat der § 149 des Reichsbeamtengesetzes für die Bundesstaaten, welche den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten den Rechtsweg eröffnen, etwas Neues nicht schaffen wollen noch geschaffen: für das Anwendungsgebiet des Preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861 und für das Anwendungsgebiet des Art. 2 Ziffer 1 des Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetzes enthält der § 149 qua Reichsbeamten nur eine Wiederholung der Zulässigkeit des Rechtswegs, mit den aus §§ 150, 155 ersichtlichen Beschränkungen; — zum Betreff der Staatsbeamten disponieren die §§ 149 ff. überhaupt nicht, und Offiziere und Unteroffiziere sind Staats- nicht Reichsbeamte — mit Ausnahme des § 157, in welchem das Defektenverfahren auf Personen des Soldatenstandes anwendbar erklärt wird; bezüglich der Staatsbeamten bleiben die landesgesetzlichen Bestimmungen über Zulässigkeit des Rechtswegs in völlig selbständiger Geltung, insbesondere in Württemberg und für württembergische Offiziere und Unteroffiziere der Art. 2 Ziffer 1 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, woselbst die beschränkende Bestimmung des Abs. 2 dem § 155 des Reichsbeamtengesetzes nachgebildet ist[3]).

Der strittige Rechtsanspruch erscheint als ein Anspruch

[1]) Anlagenband 1872 S. 503/505.

[2]) Stenogr. Berichte 1872 Band 2 S. 721.

[3]) Vgl. Motive bei Hohl S. 39.

auf einen ständigen Bezug i. S. des Art. 2 Ziffer 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [1]). Die Mietzinsentschädigung i. S. des § 10 der Servisvorschrift ist eine Abart, eine spezielle Form des „Selbstmieterservis“: dieses Wort steht auf Seite 7 oben als Generalüberschrift über den §§ 7 ff.: diese immer bei Versetzung eintretende Mietsentschädigung ist ein Teil und war ein untrennbarer Teil des Selbstmieterservisanspruchs und mit diesem ein regelmäßiger Gehaltsbestandteil, welcher auf dem Zustand des Wohnenmüssens bezw. auf dem Zustand, daß die frühere Wohnung bezahlt werden muß, beruht.

Da ein Rechtsanspruch im Sinne des Art. 2 Z. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes in Frage steht, trifft Art. 8 Ziffer 1 des Württ. AG. zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. Januar 1879 zu [2]); die Motive bemerken dazu: „Nicht besonders hervorgehoben zu werden braucht, daß die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs durch den Art. 8 nicht berührt wird“, und der Kommissionsbericht fügt bei [3]): „den Schlußsatz des dem Art. 2 unseres Entwurfs entsprechenden § 39 des preußischen Ausführungsgesetzes, daß die Vorschriften über die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Rechtswegs für die in dem § bezeichneten Ansprüche unberührt bleiben, halten die Motive ... wohl mit Grund für selbstverständlich.“

Zweifellos ist hier Art. 2 Z. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes in bezug genommen; was dort „öffentlicher Diener“ genannt ist, heißt hier „Staatsbeamter“, und in der Tat sind, wie ausgeführt, diese Begriffe nach Württ. Recht identisch [4]).

---

[1]) Vgl. die Materialien bei Hohl S. 38 (Mietzinsentschädigung, Genuß der Dienstwohnung) S. 60 (unständige Nebenbezüge sind Gebühren für besondere Verrichtungen, Taggelder, Diäten und Reisekosten) S. 84.

[2]) Neue Justizgesetzgebung Band VI S. 96.

[3]) a. a. O. S. 124.

[4]) Vgl. die Anwendung des § 39 Abs. 1 Ziffer 1 des Preußischen

Der Anwendung des Art. 8 Z. 1 des Württembergischen AGGVG. steht der Umstand, daß der Fiskus als Kläger auftritt, nicht entgegen[1]). Die Zuständigkeit gerade des Landgerichts beruht nicht auf Prorogation, sondern auf Gesetz nämlich eben auf Art. 8 Z. 1; das seinerzeitige, zur Sache ergehende Berufungsurteil ist nach § 547 Z. 2 CPO. revisibel.

Da der Beklagte die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht vorgeschützt hat, war nicht § 538 Z. 2, sondern nur § 359 CPO. anzuwenden[2]), und war gemäß dieser Bestimmung — unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des Verfahrens — die Sache an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen.

Urteil des II. CS. vom 15. Dezember 1904 i. S. Fiskus g. Rohrbacher.

b. Gründe des zweiten Urteils.

Der Kläger behauptet, durch die Entrichtung der Mietzinsentschädigung für die Stuttgarter Wohnung des Beklagten auf die Zeit vom 4. Mai bis 31. August 1899 eine Nichtschuld bezahlt zu haben. Ob dies richtig ist, hängt von der Auslegung der Bestimmungen der Servisvorschrift für das Preußische Heer, welche unbestrittenermaßen auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu kommen hat, ab. In § 10 Z. 1 der Servisvorschrift ist bestimmt, daß versetzten Selbstmietern der Mietzins erstattet wird, den sie für die an ihrem bisherigen Standort innegehabte Wohnung bis zu dem Zeitpunkt haben aufwenden müssen, mit dem die Auflösung des Mietverhältnisses möglich wurde. Faßt man lediglich den Wortlaut dieser Bestimmung ins Auge, so hatte der Beklagte Anspruch auf die ihm ausbezahlte Mietsentschädigung. Denn unbestrittenermaßen wurde er am 4. Mai 1899 von Stuttgart wegversetzt und es war die Auflösung des daselbst

AG. zum GVG. in der bereits oben angezogenen Entscheidung RG. 32 S. 119 ff.

1) Vgl. RG. Band 56 S. 358.

2) Vgl. Gaupp-Stein II S. 53 zu Nr. 2 S. 56.

von ihm eingegangenen Mietverhältnisses vor dem 1. Oktober 1899 nicht möglich. Nach der Auffassung des Klägers hatte der Beklagte einen Anspruch auf die Mietzinsentschädigung um deswillen nicht, weil er die Stuttgarter Wohnung auch nach dem 4. Mai und bis zum 31. August 1899 in der bisherigen Weise weiter benützt habe. Eine Bestimmung, daß eine persönliche Weiterbenützung der Wohnung durch den nach einem andern Ort versetzten Selbstmieter den Anspruch auf Mietsentschädigung ausschließe, ist in der Servisvorschrift nicht ausdrücklich enthalten, dagegen ist der Kläger der Ansicht, daß nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung des § 10 Z. 1 der Servisvorschrift selbstverständliche Voraussetzung der Mietsentschädigung sei, daß der versetzte Selbstmieter die Wohnung nicht dauernd persönlich in der seitherigen Weise benützt habe. Dieser Auffassung ist auch das Berufungsgericht. Die Bestimmung des § 10 Z. 1 der Servisvorschrift bezweckt zweifellos, einen versetzten Selbstmieter vor dem Schaden zu bewahren, der ihm dadurch entsteht, daß er infolge Versetzung eine Wohnung zu bezahlen hat, welche er nicht kündigungslos aufgeben durfte, die er aber nicht mehr benützen kann, weil er nicht mehr an dem seitherigen Standort seinen Wohnsitz hat. Eine andere Zweckbestimmung ist nicht ersichtlich und kann auch vom Beklagten nicht behauptet werden. Wenn nun ein versetzter Selbstmieter an seinem neuen Standort gar keine Wohnung mietet, weil er seine Wohnung an seinem bisherigen Standort dauernd weiter benützen kann und weiter benützt, so liegt kein Grund vor, dem Versetzten neben seinem Servis noch eine besondere Mietzinsentschädigung zu gewähren und es ist deshalb anzunehmen, daß nach dem Sinn der Servisvorschrift in einem solchen Fall eine Mietzinsentschädigung nicht entrichtet werden soll. Das Normale ist, und dies wird zweifellos auch von der Servisvorschrift als Normalfall angenommen, daß ein Versetzter gleichzeitig mit seiner Familie den alten Standort verläßt und in den neuen übersiedelt. Da jedoch auch der Fall vorkommen kann, daß aus

irgendwelchem Grund die Familie nicht gleichzeitig mit dem Versetzten von dem bisherigen Standort abziehen kann, so bestimmt § 10 Z. 8 der Servisvorschrift, daß, selbst wenn die Familie des Versetzten während der Kündigungsfrist die seitherige Wohnung noch weiter benützt, dadurch der Anspruch auf Mietsentschädigung nicht aufgehoben werden soll, falls durch diese Weiterbenützung weder die Auflösung des Mietsverhältnisses noch die anderweite Vermietung verhindert worden ist. In dieser Bestimmung ist jedoch die Familie des Versetzten in unzweideutiger Weise in Gegensatz zu der Person des Versetzten gestellt und als selbstverständlich angenommen, daß der Versetzte, weil er nicht mehr am seitherigen Ort seinen Wohnsitz hat, für seine Person auch die seitherige Wohnung nicht weiterbenützen kann und benützt. Ebenso ist in § 13 Z. 2 b Abs. 2 und c im offenbaren Gegensatz zum Versetzten selber von einer Benützung der bisherigen Wohnung durch die Familie bezw. Personen des Hausstands die Rede, womit wiederum in deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht ist, daß die Gewährung von Mietzinsentschädigung nur bei Weiterbenützung der Wohnung lediglich durch die Familie des Versetzten stattfinden soll. Auch die Z. 11 des § 10 darf zugunsten der Auffassung des Klägers angeführt werden, sofern hier die Entrichtung der Mietsentschädigung ausdrücklich davon abhängig gemacht ist, daß der Versetzte seine Wohnung gewechselt hat, was darauf hinweist, daß einem Versetzten, der seine bisherige Wohnung persönlich weiterbenützt hat, ein Anspruch auf Mietzinsentschädigung nicht zusteht. Nur insoweit ist in der Servisvorschrift eine Ausnahme zugunsten des Versetzten gemacht, als, wie aus § 9 Abs. 1 vgl. mit § 25 Abs. 1 zu entnehmen ist, ein versetzter Selbstmieter, der sich persönlich im neuen Standort gemeldet hat und von da nach dem bisherigen Standort beurlauben ließ, des Anspruchs auf Mietzinsentschädigung nicht dadurch verlustig geht, daß er während seines Urlaubs noch vorübergehend seine Wohnung am alten Standort weiter benützt. Hieraus aber, wie der Beklagte

tut, den weiteren Schluß zu ziehen, daß auch eine dauernde Weiterbenützung der Wohnung durch den Versetzten selbst den Anspruch auf Mietzinsentschädigung nicht aufhebe, erscheint nicht angängig. Im Gegenteil läßt sich daraus, daß in der Servisvorschrift eine Bestimmung getroffen ist, wonach bei Urlaub eine vorübergehende Weiterbenützung der Wohnung durch den Versetzten dem Anspruch auf Mietentschädigung keinen Abbruch tun soll, entnehmen, daß letzteres nur bei einem kurzen, nicht aber bei einem dauernden Weitergebrauch der Fall sein soll. § 8 der Servisvorschrift, auf den der Beklagte sich beruft, läßt nicht erkennen, daß er einen Fall wie den vorliegenden mitumfassen soll. Auch der § 13 nötigt keineswegs zu einer dem Beklagten günstigen Auslegung des § 10. In § 13, welcher die Belege, die zur Begründung des Anspruchs auf Mietzinsentschädigung beigebracht werden müssen, aufführt, ist allerdings eine Bescheinigung, daß nicht etwa der Versetzte selbst die Wohnung längere Zeit persönlich benützt habe, nicht aufgeführt. Dies läßt sich jedoch daraus erklären, daß die Möglichkeit einer dauernden Weiterbenützung der Wohnung am alten Standort des Versetzten nur äußerst selten vorkommen wird, und daß es deshalb nicht für nötig erachtet wurde, auch die Beibringung einer Bescheinigung, daß eine längere Weiterbenützung der Wohnung durch den Versetzten selbst nicht stattgefunden habe, in jedem einzelnen Fall zur Liquidation der Mietzinsentschädigung zu verlangen.

Stellt man sich auf den vom Berufungsgericht eingenommenen Standpunkt, so hat der Beklagte die Mietzinsentschädigung für den Monat Mai 1899 mit Recht beansprucht. Denn unbestrittenermaßen war der Beklagte am 4. Mai 1899 von Stuttgart nach Ulm wegversetzt worden und hatte sich an seinem neuen Standort gemeldet. Dort erhielt er bis zum 31. Mai 1899 Urlaub. Die Weiterbenützung der alten Wohnung während dieser Urlaubszeit, die nur als kurze anzusehen ist, schloß den Anspruch auf Mietzinsentschädigung neben dem Servis für Ulm nach § 9,

§ 25 der Servisvorschrift nicht aus. Dagegen stand dem Beklagten ein Anspruch für die Zeit vom 1. Juni bis 31. August 1899 auf Mietsentschädigung nicht zu. Während dieser 3 Monate tat der Beklagte in Ludwigsburg, wohin er am 1. Juni versetzt wurde, Dienst, er benützte während dieser ganzen Zeit, die als vorübergehende nicht angesehen werden kann, regelmäßig seine Stuttgarter Wohnung in der Weise, daß er daselbst übernachtete und seine dienstfreien Tage zubrachte; in Ludwigsburg hatte er überhaupt keine Wohnung gemietet. Während seiner Ludwigsburger Dienstzeit erhielt er Naturalquartierservis und einen Löhnungszuschuß. Neben diesen Bezügen konnte er, da er seine bisherige Wohnung dauernd persönlich und zwar in einer Weise, die als regelrechtes Bewohnen der Räume anzusehen ist, weiterbenützt hat, eine Mietzinsentschädigung auf Grund des § 10 Z. 1 der Servisvorschrift nicht fordern; der klagende Reichsmilitärfiskus hat also dadurch, daß er dem Beklagten die Mietzinsentschädigung für die Monate Juni, Juli und August 1899 ausbezahlte, dem Beklagten eine Nichtschuld entrichtet.

Urt. des II. CS. v. 15. März 1906 in derselben Sache.

44.

Anfechtung der Versäumung der Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft.

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Es kann sich fragen, ob die Annahme der Erbschaft oder die Versäumung der Ausschlagungsfrist mit Grund angefochten werden konnte. Als Anfechtungsgrund ist in der einschlägigen Erklärung angeführt, die Kläger seien darüber nicht im klaren, ob dem Beklagten überhaupt noch ein Anspruch aus dem Urteil zustehe, es sei ohne weiteres anzunehmen, daß die Erben bei Kenntnis der Sachlage — die

sie auch jetzt noch nicht hätten — und bei verständiger Würdigung des Falls die Erbschaft sofort ausgeschlagen hätten. Damit will wohl gesagt werden, die Versäumung der Ausschlagungsfrist werde wegen Irrtums über das Bestehen der Ansprüche des Beklagten oder auch nur über dessen Auftreten mit diesen Ansprüchen angefochten. Mag man nun aber mit dem Reichsgericht[1]) den § 1956 BGB. dahin verstehen, daß eine Anfechtung der Fristversäumnis nur möglich ist, wenn der Anfechtende die Ausschlagungsfrist mit dem Willen, damit die Erbschaft anzunehmen, verstreichen ließ, eine Voraussetzung, die die Kläger selber in Abrede ziehen, oder mag man der Anfechtungsmöglichkeit weitere Grenzen stecken, keinenfalls ist die von den Klägern erklärte Anfechtung gerechtfertigt. Denn es handelt sich nicht um einen Irrtum über den Inhalt einer Erklärung oder was dem gleichzustellen ist, sondern um die Nichtkenntnis einer Tatsache, deren Kenntnis die Kläger möglicherweise zur Ausschlagung der Erbschaft veranlaßt hätte, also um einen außerhalb des Erklärungsinhalts liegenden Irrtum im Beweggrund. Hierauf kann aber eine Anfechtung nach §§ 1956, 1954, 119 BGB. nicht gestützt werden.

Urteil des II. CS. vom 10. Nov. 1904 i. S. Konold g. Grupp.

45.

1. Zur Auslegung des § 179 CPO.
2. Folgen der Geltendmachung der im Nachverfahren erhobenen Einrede, daß der Wechsel nach dem Vorbehaltsurteil bezahlt worden sei.

Nachdem der Bekl. durch vorläufig vollstreckbares Wechselurteil zur Bezahlung von 900 Mk. nebst Zinsen und Kosten verurteilt worden war unter Vorbehalt seiner Rechte, lud er die Klin. zur mündlichen Verhandlung im Nachverfahren, erklärte aber vor der Verhandlung, er gebe der Klage statt,

[1]) Entscheidung vom 28. April 1903 in Sachen Simon g. Simon.

und bezahlte am 30. September 1901 die Hauptsumme nebst Zinsen, Wechsel- und Prozeßkosten. In der mündlichen Verhandlung beantragte darauf Klin. das Vorbehaltsurteil aufrecht zu erhalten, Bekl. dagegen, die Klage kostenfällig abzuweisen, da Klagsumme und Kosten des Urkundenprozesses bezahlt seien. Die Kammer für Handelssachen verkündete am 4. Nov. 1901 ein Urteil dahin: „das Vorbehaltsurteil — wird dahin bestätigt, daß der Klaganspruch begründet war. Der Bekl. hat auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“ Am 28. November 1901 wurde über das Vermögen der klagenden Firma W. u. St. das Konkursverfahren eröffnet, nachdem das Urteil am 21. Nov. zugestellt worden war. Mit Schriftsatz vom 21. (zug. 25.) März 1905 lud Bekl. den Konkursverwalter zur Aufnahme des Rechtsstreits unter gleichzeitiger Einlegung der Berufung gegen das Urteil vom 4. Nov. 1901.

Das Berufungsgericht hat erkannt:

Das Urteil der Kammer für Handelssachen des K. Landgerichts S. vom 4. Nov. 1901 wird auf die Berufung des Bekln. abgeändert, das Vorbehaltsurteil jenes Gerichts vom 25. Juli 1901 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Die seit 30. Sept. 1901 entstandenen Kosten I. Instanz und sämtliche Kosten II. Instanz hat Kläger zu tragen.

Gründe:

Die Rechtsgültigkeit der Berufungseinlegung ist nicht zu bezweifeln. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Firma W. und St. und die dadurch bewirkte Unterbrechung des Verfahrens ist anstelle der ursprünglichen Klin. eine neue Partei getreten: der Konkursverwalter. Die Vorschrift des § 179 CPO., daß der Schriftsatz, wodurch ein Rechtsmittel eingelegt wird, dem Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz zuzustellen sei, deren Entscheidung angefochten werde, kann deshalb hier keine Anwendung finden, vielmehr hatte der neuen Partei gegenüber die Einlegung des Rechtsmittels zu erfolgen und diese konnte verbunden

werden mit der Ladung zur Aufnahme des Rechtsstreits[1]).

2. Die Verpflichtung des Konkursverwalters zur Aufnahme des Rechtsstreits konnte keinem Zweifel unterliegen. Einer gesonderten Entscheidung hierüber bedurfte es nicht, da der Konkursverwalter seine Verpflichtung nicht bestritten hat.

3. In sachlicher Beziehung hängt die Entscheidung über die Berufung ab von der Auslegung der Vorschrift des § 600 Abs. 2, vgl. mit § 302 Abs. 2 CPO., wornach das Vorbehaltsurteil aufzuheben ist, wenn sich im Nachverfahren ergibt, daß der Anspruch des Klrs. unbegründet war.

Das Urteil I. Instanz nimmt an, für das Nachverfahren komme es nur darauf an, endgültig festzustellen, ob zur Zeit des Vorbehaltsurteils der Anspruch des Klägers begründet war, und eine Abweisung der Klage deshalb, weil in der Zwischenzeit die Kl. befriedigt worden, sei nicht zulässig. Die Auffassung, die allerdings im Wortlaut des Gesetzes eine gewisse Unterstützung findet, ist nicht zutreffend.

Auch für das an den Urkundenprozeß sich anschließende Nachverfahren muß der Satz gelten, daß Grundlage der Entscheidung derjenige Prozeßstoff ist, welcher bei Schluß der — letzten — mündlichen Verhandlung vorliegt, daß daher die Geltendmachung auch von solchen Einwendungen gegen die Klage, die erst n a c h dem Vorbehaltsurteil entstanden, wofern sie nur begründet sind, die Aufhebung des Vorbehaltsurteils und die Abweisung der Klage zur Folge hat. Es wäre auch unzweckmäßig, auszusprechen, daß das Vorbehaltsurteil begründet g e w e s e n sei. Denn für das Nachverfahren ist es ohne Bedeutung, ob der Klaganspruch früher vielleicht zu Recht bestand, vielmehr handelt es sich darum, festzustellen, ob er jetzt noch zu Recht bestehen und Wirkungen ausüben kann und das ist zu verneinen, wenn Klr. wie hier, um d e n Anspruch vollständig befriedigt ist, der ihm auf Grund des Vorbehaltsurteils zustand.

Daß es zulässig sei, nachträglich entstandene Einwen-

[1]) RG. Bd. 27 S. 357; G a u p p - S t e i n CPO. § 239 IV 1; S e u f f e r t CPO. § 239 Ziff. 2, § 250 Ziff. 2.

dungen vorzubringen, wird auch nirgends bestritten. Wenn diese aber praktische Wirkung haben sollen, so kann solche nur zur Aufhebung des Vorbehaltsurteils, nicht zu dem Ausspruch, daß es begründet gewesen sei, führen.

In gleicher Weise hat entschieden das Preuß. Kammergericht[1]), ebenso das Reichsgericht[2]), indem es die vom Berufungsgericht infolge nachträglicher Einwendungen erkannte Aufhebung des Vorbehaltsurteils mit der Ausführung für berechtigt erklärte: da das Nachverfahren den Charakter der Prozeßfortsetzung habe, mache es keinen Unterschied, ob die im Nachverfahren vorgebrachte Einrede zur Zeit der Erlassung des Vorbehaltsurteils bereits begründet gewesen oder ob sie erst nachher entstanden sei[3]).

Für die Einrede der Zahlung gilt nichts besonderes.

Daß aber bei der mündlichen Verhandlung über das Nachverfahren W. und St. um den Anspruch befriedigt waren, der ihnen auf Grund des Vorbehaltsurteils zustand, ist unbestritten.

Die Frage, welchen Einfluß es etwa auf die Kosten des Vorbehaltsurteils hat, wenn Bekl. auf Grund nachträglicher Einwendungen obsiegt, kann auf sich beruhen, da vorliegend nur die Kosten des Sachverfahrens in Betracht kommen, und diese jedenfalls sind nur durch den unbegründeten Antrag der Klin. in I. Instanz veranlaßt worden.

Urteil des I. CS. vom 11. Juli 1905 i. S. Guntermann g. Verwalter im Konkurs von Wassermann u. Stockinger.

46.

§§ 168 ff. FGG. finden auf die Beglaubigung von Unterschriften keine Anwendung.

Klägerin hat rechtzeitig vor dem Schultheißen und Rats-

[1]) bei SeuffA. Bd. 50 Nr. 59.

[2]) Bd. 45 S. 429.

[3]) Zu vgl. ferner Gaupp-Stein CPO. § 600 zu Note 21, Seuffert CPO. § 600 Ziff. 1d a. E.

schreiber M. in O., ihrem Schwiegersohn, die Erklärung abgegeben, sie schlage die testamentarische Nacherbschaft am Nachlaß ihres Sohns F. J. G. aus und beanspruche ihren gesetzlichen Pflichtteil. Das OLG. hat die Form des § 1945 Abs. 1 BGB. für gewahrt erachtet aus folgenden

Gründen:

Die Fassung der Urkunde und zwar sowohl der Eingang „Nachlaßgericht O.

Geschehen den 28. August 1904.

Anwesend Ratsschreiber M.

Es erscheint . . . Witwe J. G. und erklärt: . . ."

als die Schlußformel:

„Vorgelesen, genehmigt und unterschrieben

O., den 28. August 1904.

t.: J. G.

Z. B.

Ratsschreiber M."

läßt allerdings annehmen, daß nach der Absicht der beiden Beteiligten in erster Linie eine Erklärung der Erbschaftsausschlagung zu Protokoll des Ratsschreibers beabsichtigt war, wie dieser sie nach Art. 91 vgl. mit Art. 62 Abs. 2 AGBGB. als eine zur Zuständigkeit des Nachlaßgerichts gehörige Angelegenheit betreffend entgegenzunehmen an sich befugt war. Es kann nun unentschieden bleiben, ob — wie die Beklagte geltend macht — die Bestimmungen der §§ 168 ff. FGG. auch auf den Ratsschreiber im allgemeinen und auf eine Tätigkeit desselben, wie die hier in Rede stehende, im besonderen Anwendung finden, und ob demgemäß die protokollarische Erklärung der Rechtswirksamkeit deshalb ermangeln würde, weil der die Erklärung aufnehmende Ratsschreiber mit der dieselbe abgebenden Klägerin verschwägert im Sinn des § 170 Nr. 3 FGG. war. Denn auch wenn dies angenommen werden wollte[1]), so muß doch die Erklärung als der Form einer schriftlichen Erklärung ge-

[1]) Vgl. die Entscheidung des I. Senats vom 18. Oktober 1904 Württ.Z. 1905, 7.

nügend angesehen werden. Auf der Urkunde findet sich nach der oben genannten Schlußformel noch folgender mit dem Dienstsiegel des Schultheißenamts O. versehener Nachtrag:

„Die Unterschrift der mir persönlich und als geschäftsfähig bekannten J. G. Witwe beglaubige ich hiemit öffentlich.

O., den 28. August 1904.

Schultheiß M."

Hiedurch ist der Erklärung weiterhin die Form einer öffentlich beglaubigten schriftlichen Erklärung im Sinn der §§ 129, 126 Abs. 1 BGB. verliehen, deren Einhaltung, vorausgesetzt, daß die Erklärung als dem zuständigen Nachlaßgericht gegenüber abgegeben angesehen werden kann, den Erfordernissen des § 1945 BGB. entspricht. Die Zuständigkeit des Ortsvorstehers für die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift (§ 183 FGG.) ergibt sich aus Art. 124 AGBGB., und die Schwägerschaft zwischen der Urheberin der Unterschrift und dem Beamten bildet ein Hindernis für die Vornahme der Beglaubigung der Unterschrift durch letzteren nicht. Denn auch wenn die Ausschließungsgründe des Reichsgesetzes auch auf die durch das Ausführungsgesetz zugelassenen weiteren Beamten Anwendung finden würden, so erscheint es doch bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der Tätigkeit des Beamten bei der in §§ 188 ff. FGG. geregelten Beurkundung von Rechtsgeschäften und bei der in § 183 FGG. geordneten Beglaubigung von Unterschriften in Ermanglung einer ausdrücklichen Vorschrift unzulässig, die für die erstere Tätigkeit gegebenen Bestimmungen auch als auf die letztere Tätigkeit anwendbar zu erklären. Die in dieser Beziehung gegebenen Rechtsausführungen der Berufungsbegründung können für zutreffend nicht erachtet werden [1]).

Hienach würde, falls § 170 FGG. auch auf den Ratsschreiber Anwendung findet, eine wegen Verletzung dieser

[1]) Vgl. hiezu Schulze-Görlitz FGG. § 183 Anm. 2; Schneider FGG. § 183 Anm. 7; KGJ. 20, 185; A. M. Jastrow FGG. § 183 Anm. 4.

Bestimmung nichtige protokollarische Erklärung, dagegen eine formrichtige schriftliche Erklärung vorliegen. Wenn nun schon im allgemeinen eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die zwar nicht den Formvorschriften des einen, wohl aber denjenigen eines anderen dem gleichen Zweck dienenden Geschäfts entspricht, als von den Beteiligten eventuell auch in letzterer Gestalt gewollt und darum als in dieser Gestalt wirksam abgegeben anzusehen ist, so läßt gerade im vorliegenden Fall der erwähnte Nachtrag das Bestehen dieser vorsorglichen Absicht der Beteiligten ohne weiteres erkennen. Denn einerseits wäre, wenn eine reine protokollarische Erklärung beabsichtigt gewesen wäre, die nachträgliche Beglaubigung der Unterschrift der Klägerin überhaupt entbehrlich gewesen. Andererseits weist der Umstand, daß der Beamte die protokollarische Erklärung in seiner Eigenschaft als Ratsschreiber aufnahm, die Beglaubigung dagegen in seiner Eigenschaft als Ortsvorsteher vollzog, darauf hin, daß bewußt eine zweifache Form der Erklärung, die schriftliche neben der protokollarischen, herbeigeführt werden sollte.

Urt. des II. CS. vom 5. Juni 1905 i. S. Groll g. Groll.

47.

1) Ist im Fall des § 99 Abs. 2 CPO. eine Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt nur möglich, wenn dasselbe Urteil über Hauptsache und Kostenpunkt entschieden hat?

2) Ist es zulässig, einen Prozeßvergleich in der Weise abzuschließen, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt gemäß § 91 CPO. erfolgen soll?

In der Klage hat Kl. sofortige Bezahlung von 4000 M. nebst Zinsen seit 15. April 1902 verlangt. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 1903 begehrte Klr. nur noch Verurteilung der Bekl. zu den bezeichneten Leistungen auf 27. November 1903; die Bekl. erkannten den Anspruch an, worauf sie sofort dem Antrag des Kls. zufolge

auf Grund dieses Anerkenntnisses verurteilt wurden; bezüglich der Kosten des Rechtsstreits wurde von den Parteien vereinbart, daß beiderseits alle Rechte in dieser Hinsicht vorbehalten bleiben sollen. — In der mündlichen Verhandlung vom 10. März 1904 stellte Klr. den Antrag auf Verurteilung der Bekl. in die Kosten des Rechtsstreits, wogegen die Bekl. die Zuscheidung der Kosten an den Klr. begehrten. Hiebei machten die Bekl. im wesentlichen geltend, daß sie am 15. bezw. 16. April 1903 den Rechtsvorgängern des Kls., den D.schen Eheleuten, Zahlung angeboten und daß diese die Kündigung zurückgenommen haben.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Da die Berufung sich nur gegen das lediglich eine Entscheidung im Kostenpunkt enthaltende landgerichtliche Urteil vom 17. März 1904, nicht auch gegen die durch das Teilurteil vom 29. Oktober 1903 getroffene Entscheidung in der Hauptsache richtet, so wäre nach dem in CPO. § 99 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig. Es fragt sich jedoch, ob nicht einer der in Abs. 2 und 3 des § 99 aufgestellten Ausnahmefälle, in welchen die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt — und zwar bei Abs. 2 im Wege der Berufung bezw. Revision, bei Abs. 3 vermittelst sofortiger Beschwerde — zugelassen ist, hier zutrifft.

Nach seinem Wortlaut ist Abs. 2 unzweifelhaft hieher anwendbar. Denn die Hauptsache ist durch das auf Grund eines Anerkenntnisses ergangene Teilurteil vom 29. Oktober 1903 erledigt. Bedenken würden sich nur dann ergeben, wenn etwa Abs. 2 voraussetzen würde, daß die Entscheidung zur Hauptsache, also die auf Grund des Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung, und die Entscheidung über den Kostenpunkt in einem Urteil erfolgt sei, so daß die Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache nur deshalb ausgeschlossen wäre, weil insoweit eine Beschwerde fehlen

würde. Denn im vorliegenden Fall sind die Bekl. auf Grund ihres Anerkenntnisses zur Hauptsache durch das Teilurteil vom 29. Oktober 1903 verurteilt worden, welches — namentlich was die Rechtsmittel anlangt — einen gegenüber dem Schlußurteil durchaus selbständigen Charakter hat und, wie anzunehmen, längst vor der Erlassung des letzteren rechtskräftig geworden war. Von diesem Standpunkt würde man dazu gelangen, die auf Grund des Anerkenntnisses zur Hauptsache erfolgte Verurteilung vom 29. Oktober 1903 außer Betracht zu lassen und demzufolge eine Entscheidung in der Hauptsache als nicht ergangen anzusehen, woraus sich das Zutreffen des Falls in Abs. 3 und damit die Unzulässigkeit der Berufung ergeben würde. Allein gegen eine derartige Auslegung des Abs. 2 von § 99 spricht nicht bloß, wie bereits erwähnt, der Wortlaut der Bestimmung, sondern auch deren Entstehungsgeschichte. In der Bundesratsvorlage eines Entwurfs der Civilprozeßnovelle war von den in Abs. 1 des § 99 (seither § 94) aufgestellten Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Entscheidung im Kostenpunkt ohne gleichzeitige Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache nur die im jetzigen Abs. 3 enthaltene Ausnahme gemacht, wonach für den Fall, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen war, die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt zugelassen wurde. Demzufolge wäre die neben einer Verurteilung auf Grund Anerkenntnisses ergangene Entscheidung über den Kostenpunkt für sich allein gemäß dem allgemeinen Grundsatz der Anfechtung entzogen gewesen. In der Kommission des Reichstags wurde jedoch beantragt, auch für den Fall, daß in der Hauptsache auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurteilung ausgesprochen sei, die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung im Kostenpunkt zuzulassen. Bei der Beratung über diesen Antrag wurde zwar das Verlangen, daß auch in dem eben genannten Fall die Entscheidung über den Kostenpunkt selbständig der Anfechtung unterliegen solle, für gerechtfertigt erklärt, jedoch geltend gemacht, daß sich das Rechtsmittel der Beschwerde

für diesen Fall unter anderem deshalb wenig eigne, weil die hier hauptsächlich in Betracht kommende Frage, ob Bekl. durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben habe, oft ohne Erörterung der Sache selbst nicht entschieden werden könne. So wurde für den Fall der Verurteilung zur Hauptsache auf Grund Anerkenntnisses die Bestimmung in Abs. 2 des § 99 aufgenommen [1]). Es ist nun nicht zu erkennen, warum der eben hervorgehobene Gesichtspunkt nur auf den Fall, daß in einem Urteil zur Hauptsache auf Grund Anerkenntnisses und über den Kostenpunkt entschieden sein sollte, nicht aber auf den Fall, daß die Entscheidung in getrennten Urteilen erfolgt, zutreffen möchte. Auch ist darauf hinzuweisen, daß gerade dann, wenn sich die Frage erhebt, ob Bekl. durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, der Fall sehr häufig eintreten wird, daß zunächst auf Grund des Anerkenntnisses zur Hauptsache Teilurteil ergeht, und erst später nach Erörterung jener Frage, welche unter Umständen die Einziehung von Beweisen erforderlich macht, über den Kostenpunkt entschieden wird. Hienach ist die sich schon aus dem Wortlaut des § 99 Abs. 2 ergebende Auslegung auch eine sinngemäße.

Allerdings ist der vorliegende Fall einigermaßen besonders gestaltet. Mit der am 27. August 1903 zugestellten Klage hatte Kl. von den Bekl. sofortige Bezahlung von 4000 M. nebst 4½% Zinsen seit 15. April 1902 sowie Duldung der Zwangsvollstreckung in gewisse für die Forderung hypothekarisch belastete Grundstücke der Bekl. verlangt, indem er sich für die Fälligkeit der Forderung darauf berief, daß seine Rechtsvorgänger, die D.schen Eheleute, die auf dreimonatliche Kündigung gegebenen Darlehen am 9. Januar 1903 auf 15. April 1903 gekündigt haben. Die Bekl. bestritten, daß die Forderung fällig sei, indem sie geltend machten, daß Klr. zufolge gewisser späterer Vorkommnisse aus der Kündigung vom Januar 1903 keine Rechte ableiten

[1]) Vgl. Hahn-Mugdan Mater. zu den Reichsjustizges. Bd. 8 S. 293.

könne. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 1903 hat sich Klr. — was seinen Antrag zur Hauptsache anlangt — unverkennbar dem Standpunkt der Bekl. angeschlossen, indem er nicht mehr sofortige Bezahlung der Klagesumme und sofortige Duldung der Zwangsvollstreckung verlangte, sondern unter Zugrundelegung des Tags der Klagezustellung als Kündigungstags nur noch diese Leistungen auf 27. November 1903 beanspruchte, welchen Anspruch Bekl. sofort anerkannt haben. Dabei wurde aber seitens der Parteien vereinbart, daß sich jede Partei ihre Rechte hinsichtlich der Prozeßkosten vorbehalte und daß diese Rechte durch das Anerkenntnis in keiner Weise berührt werden sollten. Diese Vereinbarung hat den Sinn, daß nicht etwa bloß das Anerkenntnis der Bekl. die Frage der Verpflichtung zur Tragung der Kosten unberührt lassen, sondern auch die klägerischerseits erfolgte Beschränkung des Klagantrags auf die Entscheidung im Kostenpunkt ohne Einfluß sein solle. Unter Heranziehung dieser Vereinbarung gewinnt der Vorgang in der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober, speziell die vom Kl. vorgenommene Einschränkung seines Klagantrags, offenbar den Charakter einer gütlichen Erledigung, eines Vergleichs hinsichtlich der Hauptsache, und von diesem Gesichtspunkt aus könnte sich wieder die Frage erheben, ob hier nicht der Fall des Abs. 3 statt des Abs. 2 § 99 vorliegt. Allein maßgebend muß hieher eben doch die prozessuale Form, also das Vorliegen des Anerkenntnisurteils, sein.

Hienach ist die Zulässigkeit der in der gesetzlichen Form und Frist eingelegten Berufung nicht zu beanstanden.

Vom Standpunkt der eben erwähnten Auffassung, daß nach der Vereinbarung der Parteien nicht etwa bloß das Anerkenntnis der Bekl. die Frage der Verpflichtung zur Tragung der Kosten unberührt lassen, sondern auch die klägerischerseits erfolgte Beschränkung des Klagantrags auf die Entscheidung im Kostenpunkt ohne Einfluß sein solle, könnten sich Bedenken erheben, ob die Parteien in der Lage sind, durch eine derartige Vereinbarung der Entscheidung über die

Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits als solcher eine bestimmte Richtung anzuweisen, und ob nicht hienach diese Verpflichtung — statt nach Maßgabe der Bestimmungen der CPO. über die Prozeßkosten — unter dem Gesichtspunkt der Haftung für den durch Verzug entstehenden Schaden zu beurteilen wäre [1]). Allein hier greift eben die schon angeführte Erwägung Platz, daß im Zusammenhalt mit jener Vereinbarung einerseits die Beschränkung des Klaganspruchs, andererseits das von den Bekl. abgegebene Anerkenntnis des beschränkten Anspruchs — mag auch der Vorgang in die prozessuale Form eines Urteils auf Grund Anerkenntnisses gekleidet worden sein — doch in Wirklichkeit als Vergleich über die Hauptsache aufzufassen ist. Wenn es auch nicht angängig war, auf diesen Gesichtspunkt bei der Frage der Zulässigkeit der Berufung, wo es sich eben nur um die prozessuale Form des Vorgangs handelte, entscheidendes Gewicht zu legen, so verhält es sich hier, bei der Sachentscheidung, anders. Anlangend aber die Frage, ob ein Vergleichsabschluß lediglich über die Hauptsache unter Ausscheidung des Kostenpunkts in der Weise möglich ist, daß in einem solchen Fall die Entscheidung über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten als solcher nach CPO. §§ 91 ff. zu erfolgen hat, so ist diese Frage unbedenklich zu bejahen. Insbesondere ist ja auch in der Begründung der Bundesratsvorlage des Entwurfs einer Civilprozeßnovelle zu § 94 der Fall einer Erledigung der Hauptsache durch Vergleich erwähnt [2]).

Urt. des II. CS. vom 6. Oktober 1904 i. S. Eppler g. Ruile.

---

[1]) Vgl. hiezu RG. Bd. 54 S. 37 ff.

[2]) Vgl. Hahn-Mugdan a. a. O. S 87; Gaupp-Stein Kom. z. CPO. 4. Aufl. § 98 Note 1.

48.

Was ist unter „Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind" zu verstehen?

Der Kl. war mit 2 Klagen gegen den Bekl. S. durch Versäumnisurteile abgewiesen worden und hatte hiegegen mit Schriftsätzen vom 13. Mai 1904 Einspruch eingelegt. Schon am 30. April 1904 war aber über das Vermögen des Bekl. das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat mit Schriftsätzen, die dem Kläger am 20. Juni 1904 zugestellt wurden, die Wiederaufnahme der ruhenden Prozeßverfahren erklärt und am 12. Juli 1904, nachdem inzwischen eine weitere Einspruchserklärung des Klrs. nicht eingekommen war, um Erteilung von Zeugnissen über die Rechtskraft der Versäumnisurteile gebeten. Das OLG. hat im Beschwerdeverfahren die Zivilkammer angewiesen, die verlangten Zeugnisse zu erteilen.

Gründe:

Die Beschwerde ist nach § 576 Abs. 2 CPO. an sich statthaft; sie ist auch sachlich begründet. Nachdem nach Zustellung der beiden Versäumnisurteile gegen den Bekl. S. am 30. April 1904 der Konkurs eröffnet und hiedurch gemäß § 240 CPO. in beiden Rechtssachen das Verfahren unterbrochen worden war, hörte nach § 249 CPO. der Lauf der Einspruchsfrist auf, der jedenfalls erst nach dem 13. Mai 1904 erhobene Einspruch des Klägers war unwirksam, und erst nach Beendigung der Unterbrechung begann die Einspruchsfrist von neuem zu laufen. Ist durch die am 20. Juni 1904 zugestellten Aufnahmeerklärungen des Konkursverwalters die Unterbrechung beendigt worden, so ist, da seither ein weiterer Einspruchsschriftsatz nicht eingereicht worden ist, inzwischen die neue Einspruchsfrist fruchtlos abgelaufen und die Rechtskraft der beiden Versäumnisurteile vom 9. April 1904 eingetreten. Das Landgericht hat nun die auf Grund des

§ 10 KO. erklärte Aufnahme des Verfahrens seitens des Konkursverwalters nicht für zulässig erachtet. Hierin ist ihm jedoch nicht beizustimmen.

Für die Frage, welche Rechtsstreitigkeiten nach § 10 KO. „das zur Konkursmasse gehörige Vermögen" berühren und „für den Gemeinschuldner anhängig sind", ist die Parteistellung des Gemeinschuldners in dem betreffenden Rechtsstreit nicht maßgebend, vielmehr kommt es darauf an, ob Gegenstand des Rechtsstreits ein in den Konkurs fallender Anspruch des Gemeinschuldners ist[1]). Um einen solchen Anspruch des Gemeinschuldners handelt es sich jedenfalls in dem einen, wegen einer Darlehensforderung des Klrs. anhängig gemachten Rechtsstreite. Denn durch das Schreiben des Rechtsanwalts L. an Rechtsanwalt H. vom 7. Mai 1904 ist glaubhaft gemacht, daß der Gemeinschuldner auf Grund des vom Amtsgericht am 26. November 1903 gegen ihn erlassenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteils an den vom Klr. mit Durchführung der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher 303 M. 45 Pf. bezahlt hat, welcher Betrag sodann infolge der vom Gemeinschuldner erwirkten einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung beim städtischen Hinterlegungsamt hinterlegt wurde. Nachdem durch das Versäumnisurteil vom 9. April 1904 das erwähnte Versäumnisurteil des Amtsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen worden ist, steht dem Bekl. S. nach § 717 Abs. 2 CPO. ein Anspruch auf Ersatz des ihm durch jene Zwangsvollstreckung zugeführten Schadens, also in erster Linie auf Rückerstattung des an den Gerichtsvollzieher bezahlten Betrages zu; diesen Anspruch konnte er in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen, er hätte also, wenn der Kläger gegen das Versäumnisurteil vom 9. April 1904 wirksam Einspruch eingelegt hätte in der weiteren Verhandlung Verurteilung des Klrs. zur Einwilligung in die Ausfolgung des hinterlegten Betrages an den Bekln. beantragen

---

[1]) Vgl. Sarwey-Bossert KO. § 10 Anm. 2.

können. Da dieser Rückerstattungsanspruch nach § 1 KO. zur Konkursmasse gehört, war der Konkursverwalter berechtigt, nach § 10 KO. den Rechtsstreit, in dem der Anspruch geltend gemacht werden konnte, aufzunehmen.

Abgesehen hievon handelte es sich in den beiden Prozessen, in denen am 9. April 1904 Versäumnisurteil ergangen ist, auch insofern um Ansprüche des Gemeinschuldners, als in beiden Versäumnisurteilen der Klr. zur Tragung aller Kosten verurteilt worden ist. Hiedurch wurde für den Bekln. S. ein Anspruch auf Ersatz der ihm in beiden Rechtsstreiten erwachsenen Kosten gegen den Klr. begründet. Dem Konkursverwalter darf die Möglichkeit nicht verschlossen werden, auch diese Ersatzansprüche zu verwirklichen und zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden. Da zurzeit der Konkurseröffnung die beiden Versäumnisurteile vom 9. April 1904 noch nicht rechtskräftig waren, konnte die Verwirklichung der Kostenersatzansprüche nur in der Weise erfolgen, daß der Konkursverwalter durch Aufnahme der Rechtsstreitigkeiten ihre rechtskräftige Erledigung während des Konkurses herbeizuführen suchte. Auch aus diesem Grunde erscheint die vom Konkursverwalter erklärte Aufnahme, und zwar in beiden Rechtsstreitigkeiten, als zulässig und wirksam.

Beschluß des I. CS. vom 28. Dezember 1904 i. S. Karl. g. Simminger.

49.

Beweislast im Fall der Verletzung eines Menschen durch Entladung einer Schußwaffe.

Der Kläger ist im Haus der Beklagten durch einen Schuß aus einem Revolver, mit dem sich die Beklagte zu schaffen gemacht hatte, verletzt worden. Gegenüber der Schadensersatzklage des Klägers hat die Beklagte eingewendet, sie habe nicht gewußt, daß der Revolver geladen sei und wisse nicht wie es gekommen sei, daß er sich entladen habe. Auch die Beweisaufnahme hat in letzterer Richtung nichts ergeben.

Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist dem Grund nach für gerechtfertigt erklärt worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Wer einen fremden Revolver zur Hand nimmt, muß (von besonders gearteten Fällen, wie z. B. der Besichtigung von zum Kauf ausgestellten Revolvern in einem Waffenladen, abgesehen) immer mit der Möglichkeit rechnen, daß die Waffe geladen ist, solang er sich nicht vom Gegenteil überzeugt hat. Ob die Beklagte entschuldigt wäre, wenn ihr Mann ihr gesagt hätte, der Revolver sei ungeladen, es seien gar keine Patronen im Haus, kann dahingestellt bleiben; denn die einschlägige Behauptung der Beklagten ist unerwiesen und unerweislich, da der hiefür als Zeuge benannte Ehemann der Beklagten sie nicht bestätigt hat und kein Grund vorliegt, die Beklagte zum richterlichen Eid hierüber zuzulassen. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob schon das bloße Ergreifen des Revolvers die Beklagte, die einen triftigen Grund hiezu nicht hatte, für die sich im weiteren Verlauf anknüpfenden Folgen dieser Handlung verantwortlich gemacht hat. Denn nach dem gewöhnlichen normalen Lauf der Dinge ist davon auszugehen, daß der Revolver sich infolge davon entladen hat, daß die Beklagte — sei es auch unabsichtlich — dessen Drücker oder Abzug in einer Weise berührt hat, die dessen Entladung zur Folge haben mußte; wer aber einen Revolver zur Hand nimmt und damit in irgend einer Weise in Gegenwart anderer Personen hantiert, ohne sich überzeugt zu haben, ob der Revolver ungeladen ist, muß die äußerste Vorsicht anwenden, um eine derartige Berührung des Drückers oder Abzugs zu vermeiden; solche Vorsicht ist unter den gegebenen Umständen im Verkehr erforderlich, und wenn solche Vorsicht angewandt wird, entlädt sich nach dem normalen Lauf der Dinge ein Revolver nicht. Daraus also, daß im vorliegenden Fall der Revolver sich entladen hat, nachdem die Beklagte ihn zur Hand genommen hatte, ist der

Schluß zu ziehen, daß die Beklagte bei ihrem Hantieren mit dem Revolver die gebotene Vorsicht nicht angewendet hat — sofern *sie* nicht nachweist, daß irgend ein von ihr nicht zu vertretender unglücklicher Umstand, z. B. eine unwillkürliche Bewegung infolge plötzlichen Schreckens oder eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht in Rechnung zu nehmende Eigenschaft des Revolvers die Entladung herbeigeführt hat. Wollte man in derartigen Fällen vom *Verletzten* den Nachweis verlangen, daß *kein* unglücklicher Zufall vorliegt, so wäre die Beweislast unrichtig verteilt, weil eben zunächst nach dem Verlauf, den die Dinge normalerweise nehmen, die Vermutung dafür spricht, daß durch eine bei gehöriger Sorgfalt vermeidbare Unachtsamkeit dessen, der die Schußwaffe in Händen hatte, die Entladung erfolgt ist.

Ist hienach die Verletzung des Klägers durch Fahrlässigkeit der Beklagten verschuldet, so kann dahingestellt bleiben, ob etwa auch noch andere Personen außer der Beklagten der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft.

Urteil des I. CS. vom 17. Februar 1905 i. S. Pfeil gegen Schnitzer.

50.

Streitwert, wenn auf Feststellung der Nichtigkeit einer unter Vertragsstrafe gestellten Vertragsklausel geklagt ist.

Der Kläger hat seine Handelsschule zu C. am 26. September 1901 an den Beklagten um 330 000 M. verkauft und sich im Kaufvertrag verpflichtet, vom 1. Oktober 1901 bis 1. Oktober 1910 kein Konkurrenzunternehmen zu gründen oder sich an solchem zu beteiligen unter der Vertragsstrafe von 100 000 M. im Fall der Zuwiderhandlung. Er hat auf Feststellung der Nichtigkeit dieser Klausel als gegen die guten Sitten verstoßend geklagt: das Landgericht hat den Streitwert nach § 3 CPO. auf 100 000 M. festgesetzt. Das

Oberlandesgericht hat auf Beschwerde des Klägers den Streitwert auf 10 000 M. festgesetzt.

Gründe:

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Feststellung der Gültigkeit oder Nichtigkeit der den Betrieb einer Handelsschule untersagenden Vertragsbestimmung. Der Wert der hiedurch dem Kläger auferlegten Verpflichtung ist für den Streitwert entscheidend. Die Verpflichtung besteht in der Unterlassung einer Handlung, nicht in der Leistung einer Sache oder eines Geldbetrags; es kommt deshalb nicht § 6, sondern § 3 der CPO. zur Anwendung. Zu schätzen ist der Wert, den die Vornahme der verbotenen Handlung für den Kläger hat. Für diese Schätzung mag der Betrag der auf die Uebertretung gesetzten Vertragsstrafe einen Maßstab bilden, falls angenommen werden kann, daß die Parteien die Vertragsstrafe dem wirklichen Wert entsprechend festsetzen wollten. Diese Annahme ist hier nicht zutreffend. Zunächst entspricht die Höhe der Vertragsstrafe regelmäßig dem Interesse des Berechtigten (des Beklagten) an der Einhaltung der Vertragsbestimmung, welches sich seinem Wert nach nicht mit dem Interesse des Verpflichteten deckt. Sodann liegen Gründe vor, welche überhaupt die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe als über dem Interessenwert stehend erscheinen lassen. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten hat dieser beim Ankauf der Handelsschule den Betrag von 100 000 M. über den Wert der Gebäude und Gegenstände hinaus bezahlt für die ihm eingeräumte Gelegenheit zum Fortbetrieb der schon im Verkehr eingeführten Handelsschule. Das dem Kläger auferlegte Konkurrenzverbot dient nicht allein, sondern neben einer Reihe anderer wesentlich ins Gewicht fallender Umstände dazu, diese Gelegenheit dem Beklagten zu sichern. Wenn also der Wert der eingeräumten Gelegenheit zu 100 000 M. angenommen wird, so entspricht das Konkurrenzverbot nur einem im Verhältnis zu jenem Wert geringfügigen Wertsbetrag. Für den Kläger ist der Wert seines Interesses an der Aufhebung des

Verbots ein noch geringerer: für ihn handelt es sich um die Gründung einer neuen Anstalt oder die Beteiligung an einer solchen. Erstere ist nur mit größeren Kosten und einem — jedenfalls in der Anfangszeit — weit geringeren Erträgnis möglich, als die Fortführung der gekauften, im Verkehr eingeführten Schule des Beklagten. Ebenso wird die Beteiligung an einer neuen Anstalt (als Lehrer oder drgl.) voraussichtlich einen weit kleineren pekuniären Ertrag abwerfen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es sich nur noch um den Fortbestand des Verbots auf 5—6 Jahre handelt. Die Parteien haben über den Wert des hienach abzuschätzenden Interesses des Klägers keine ziffermäßigen Unterlagen gegeben. Es erscheint der Sachlage entsprechend den Wert auf den Betrag von 10000 M. anzunehmen.

Beschluß des I. CS. v. 19. Januar 1905 i. S. Spöhrer g. Weber.

51.

Berechnung der Prozeßgebühr und Umfang der Ersatzpflicht des Bekl., wenn dieser nach Zahlungs-Aufforderung seitens des mit Prozeßerhebung beauftragten Anwalts einen Teil der Schuld bezahlt hat?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der Klr. hat am 21. März 1904 seinem Prozeßbevollmächtigten Auftrag zur Klagerhebung gegen die beiden Bekln. wegen einer fälligen Darlehensschuld von restlichen 2200 M. nebst Zinsen erteilt. Auf eine vom Prozeßbevollmächtigten an sie gerichtete Zahlungsaufforderung haben die Beklagten am 25. März 1904 an ihrer Schuld 800 M. bezahlt, wegen des Restbetrags von 1400 M. nebst Zinsen wurde gegen sie Klage erhoben, wobei in der Klageschrift erwähnt ist, daß die Bekln. das Darlehen am 12. September 1903 zurückzubezahlen versprochen und am 25. März die Teilzahlung von 800 M. geleistet haben. Auf Grund dieser Klage wurde

gegen die Bekln. am 9. Juni 1904 Versäumnisurteil erlassen, durch das sie unter Haftung als Gesamtschuldner zur Zahlung der eingeklagten Beträge und zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt wurden.

Mit Unrecht geht bei dieser Sachlage der angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluß davon aus, daß der für die Bemessung der Prozeßgebühr des kläg. Anwalts maßgebende Streitwert nicht 2200 M., sondern nur 1400 M. betrage und daß deshalb diese Gebühr von 40 M. auf 32 M. herabzusetzen sei. Nach § 13 Z. 1, RAGO. steht dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte die Prozeßgebühr zu „für den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information", also für seine von Uebernahme des Auftrags an entwickelte Tätigkeit. Schon hieraus ist zu folgern, daß für die Bemessung dieser Gebühr nicht gemäß den allgemeinen Bestimmungen in § 10 RAGO. vgl. § 9 GKG. und § 4 CPO. der Streitwert zurzeit der Klagerhebung zugrund gelegt werden kann, sondern daß der Zeitpunkt der Befassung des Anwalts mit der Sache entscheidend sein muß. Dies erhellt denn auch klar aus der Vorschrift des § 14 Abs. 1 RAGO., wonach der Rechtsanwalt auch insoweit, als der Auftrag erledigt wird, ohne daß es auch nur zur Einreichung der Klage kommt, die Prozeßgebühr — allerdings nicht in vollem Betrage sondern nur zur Hälfte — erhalten soll[1]).

Fraglich kann nur sein, ob auf Grund des erlassenen Versäumnisurteils die Bekln. dem Klr. die volle Gebühr von 40 M. oder nur eine Gebühr von 32 M. zu erstatten haben. Hiefür ist nach § 91 CPO. entscheidend, ob die volle Gebühr zu den „Kosten des Rechtsstreits" gezählt werden kann. Es ließe sich sagen, Gegenstand des Rechtsstreits seien nur die 1400 M. gewesen, wegen deren Klage erhoben worden ist, zu den von den Beklagten zu erstattenden Kosten gehören daher auch nur die durch die Einklagung

[1]) Vgl a. Walter RAGO. § 14 Anm. 16. RG. in JW. 1887 S. 42 Nro. 21.

der 1400 M. entstandenen Kosten, nicht auch die Kosten, die dadurch verursacht wurden, daß der Klr. seinen Anwalt ursprünglich auch mit der Einklagung der nachmals freiwillig bezahlten 800 M. beauftragt hat. Wäre diese Auslegung richtig, so müßte der Klr. wegen des letzteren Kostenbetreffs von 8 M. eine besondere Ersatzklage gegen die Bekln. erheben. Dies mag denn auch dann unabweisbar sein, wenn vor Zustellung der Klage völlige Befriedigung des Klrs. erfolgt ist, in der Hauptsache mithin ein Rechtsstreit überhaupt nicht mehr anhängig gemacht werden kann [1]). Hat aber nur teilweise Befriedigung stattgefunden und ist es wegen des nicht bezahlten Betrages zur Klagerhebung und zum Versäumnisurteil gegen den Bekln. gekommen, so sind auch die allein auf den bezahlten Teilbetrag entfallenden Kosten als „Kosten des Rechtsstreits" jedenfalls dann zu betrachten, wenn, wie im vorliegenden Falle, aus den Ausführungen der Klagschrift und der beigelegten Prozeßvollmacht zu entnehmen ist, daß die kläg. Forderung ursprünglich auf einen höheren als den eingeklagten Betrag gegangen und daß der Mehrbetrag nach Eintritt des Verzugs und nach Erteilung des Auftrags zur Klagerhebung bezahlt worden ist.

Demgemäß kann der Klr. die volle, seinem Anwalt zu entrichtende Prozeßgebühr von 40 M. von den Beklagten ersetzt verlangen.

Beschl. des I. CS. vom 26. Nov. 1904 i. S. Haller g. Kleinle.

52.

Wird durch die in einem Prozeß geltend gemachte Einrede der Anfechtung einer Rechtshandlung die Frist des § 41 KO. auch bezüglich eines in diesem Prozeß nicht geltend gemachten Teils des Anspruchs gewahrt?

Mit Klage vom 15. Dezember 1903 hat der Konkurs-

[1]) Vgl. Gaupp-Stein CPO. § 91 Z. II Anm. 4.

verwalter des B. K. von der Beklagten Bezahlung von Häuten gefordert, die B. K. der Beklagten auf Abrechnung an einer ihr gegen ihn zustehenden Forderung geliefert hatte. Hinsichtlich des ihr nicht gelieferten Teils der Waren hat die Beklagte gegen den Kläger im Jahr 1902 bei dem K. Landgericht München II Anspruch auf Aussonderung erhoben. In dem Termin vom 10. Dezember 1902 hat der Kläger eingewendet, es habe weder Uebergabe noch Uebertragung des mittelbaren Besitzes stattgefunden, auch sei der Vertrag ein Scheingeschäft und nichtig, eventuell werde der Vertrag gemäß § 31 Nr. 1, § 30 Nr. 1 und 2 KonkO. angefochten. Durch Urt. der I. Civilkammer des K. Langerichts München II vom 17. Juni 1903 wurde die Klage abgewiesen; das Urteil ist rechtskräftig geworden.

In dem jetzigen Rechtsstreit wurde die Beklagte durch Urteil der III. Civilkammer des K. Landgerichts Stuttgart vom 27. Oktober 1904 mit der Begründung, daß die Anfechtbarkeit nach § 31 Z. 1 KonkO. zutreffe, zur Bezahlung von 3482 Mk. 63 Pfg. verurteilt. Hiegegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Aus den

Gründen:

Es ist mit dem Reichsgericht davon auszugehen, daß die Anfechtung mittels Klage und Einrede im Prozeßverfahren zu erfolgen hat und daß hieran durch die neue Fassung der Konkursordnung nichts geändert worden ist[1]).

Es mag nur hervorgehoben werden, daß gerade auch die Festsetzung einer Frist innerhalb deren die Anfechtung geltend zu machen ist, für diese Ansicht spricht. Die Absicht des Gesetzgebers ist, hiedurch die Frage der Anfechtbarkeit in ihrem ganzen Umfang der Erledigung zuzuführen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn zwar die Anfechtungserklärung im allgemeinen innerhalb eines Jahrs abzugeben ist, die weitere Verfolgung des Rechts aber bis zum Eintritt der dreißigjährigen Verjährung möglich bleibt. Zwischen An-

[1]) RG. 58 S. 44, JW. 1904 S. 406, RG. 52 S. 334.

fechtung und Anfechtungsanspruch einen Unterschied zu machen, ist hienach nicht begründet [1]).

Eine Folge dieses Rechtssatzes ist nun aber, daß die in einem Prozeß geltend gemachte Anfechtung nur eben auf den durch Klage oder Einrede erhobenen Anfechtungsanspruch zu beziehen ist und daß nicht, wenn nur einmal in irgend einem Prozeß die Anfechtung einer Rechtshandlung vorgebracht ist, weitere und andere Ansprüche auf Grund dieser Erklärung innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist geltend gemacht werden können. Hiefür sprechen alle die Gründe, die auch für die erwähnte Ansicht des Reichsgerichts ausschlaggebend sind. Auf die Fragen, ob und inwieweit innerhalb eines und desselben Prozesses nach Ablauf der Ausschlußfrist an stelle der verlangten Leistung eine andere gesetzt werden darf und ob hinsichtlich des einmal geltend gemachten Anspruchs die Frist gewahrt bleibt, auch wenn in dem Prozeß darüber, z. B. bei eventueller Geltendmachung, nicht enschieden wird, ist hier nicht einzugehen.

In dem bei dem Landgericht München II geführten Prozeß nun hat es sich um die Waren gehandelt, die zur Zeit der Konkurseröffnung sich noch in Bruck befanden, Gegenstand des jetzigen Prozesses aber ist der Anspruch auf Herausbezahlung des Erlöses aus den Waren, die der Beklagten vor der Konkurseröffnung zugesandt worden sind. Nach dem Ausgeführten ist unerheblich, daß hiebei ein und derselbe Vertrag in Frage kommt. Uebrigens besteht auch in Ansehung der angefochtenen Rechtshandlungen zwischen dem früheren und dem jetzigen Rechtsstreit der Unterschied, daß jetzt als die unmittelbar schädigenden Handlungen die Erfüllungsgeschäfte erscheinen, die im Vorprozeß keine Rolle spielten. Wesentlich ist aber, daß es sich in den beiden Prozessen um verschiedene Ansprüche handelt, wie auch die Entscheidung im ersten Prozeß ohne jeden Einfluß auf die gegenwärtige Entscheidung ist.

[1]) RG. 58 S. 47, Wendt, Arch.Civ.Prax. 91 S. 474, Jäger, KonkO. 2. Aufl. § 29 Anm. 13, 54 ff.

Der jetzt geltend gemachte Anfechtungsanspruch ist nun erst nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 41 KonkO. erhoben und es ist daher die Anfechtung nicht mehr zulässig.

Urt. des I. CS. vom 31. März 1905 i. S. Moos g. Kuchlersche Konkursmasse.

53.

Muß der beim Ausgang des Rechtsstreits unmittelbar beteiligte Zedent der eingeklagten Forderung nach § 385 Ziff. 4 CPO. beeidigt werden oder findet § 393 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 auf ihn Anwendung?

Aus den den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Die von der Berufung vertretene Ansicht, daß die Beeidigung des Zeugen J. R., des Sohns und Zedenten des Klrs., in I. Instanz zu Unrecht unterlassen worden sei, ist nicht begründet. Außer Zweifel steht zunächst, daß dem Zeugen vor seiner Beeidigung diejenigen Fragen zur Beantwortung vorgelegt werden durften und mußten, welche zur Aufklärung darüber, ob eine unmittelbare Beteiligung als Zeugen i. S. des § 393 Ziff. 4 CPO. vorliege, zu stellen waren[1]). Dem Ergebnis, daß die Zession an den Kläger nur zum Inkasso erfolgt sei, zu welchem der erste Richter auf Grund der hierauf bezüglichen uneidlichen Angaben des J. R. gelangt ist, kann unbedenklich beigetreten werden. Ist also auf Grund der hieher bezüglichen unbeeidigten Angaben des R. in Verbindung mit den weiteren soeben angeführten Tatsachen in Uebereinstimmung mit den Feststellungen der Civilkammer der Schluß gerechtfertigt, daß hier in Wahrheit eine Abtretung zum Inkasso, demzufolge aber auch eine unmittelbare Beteiligung des Zeugen i. S. des § 393 Nr. 4 cit. vorliege, so ist nach § 393 Abs. 2 die Beeidigung — nach vorausgegangener unbeeidigter Vernehmung — in das richterliche Ermessen gestellt: trotz

[1]) Gaupp-Stein, Bem. I zu § 391.

des gleichzeitigen Zutreffens der Voraussetzungen des § 385 Ziff. 4 ist die Beeidigung im vorliegenden Fall nicht obligatorisch, vielmehr sind die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen dahin zu verstehen, daß zwar die in § 383 Ziff. 1—3 genannten Verwandten, sofern sie über Handlungen, die sie als Rechtsvorgänger (oder Vertreter) vorgenommen haben sollen, zu vernehmen sind, das Zeugnis nicht verweigern dürfen und demgemäß der Regel des § 391 folgend den Voreid zu leisten haben, daß diese Regel jedoch dann eine Ausnahme (im Sinn der fakultativen Nachbeeidigung) erleidet, wenn eine unmittelbare Beteiligung der zur Zeugnisverweigerung im konkreten Falle nicht berechtigten Personen am Ausgang des Rechtsstreits vorliegt [1].

Urt. des I. CS. vom 3. Nov. 1905 i. S. Rahmer g. Prößler.

[1] Vgl. auch Gaupp-Stein in Satz 2 der Bem. II zu Nr. 3 des § 393.

B. in Strafsachen.

10.

Ueber das Verhältnis von Privatklage und Strafantrag im Fall der Zurücknahme der ersteren.

Aus den Gründen:

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Strafverfolgungsantrag sind nicht nur prozessualer Natur, sie gehören vielmehr auch dem materiellen Recht an. Einer auf Verletzung dieser Bestimmungen gestützten Revision steht daher der § 380 StPO. nicht entgegen, vielmehr ist der Revisionsrichter berechtigt und verpflichtet, zu prüfen, ob ein rechtsgültiger Strafantrag gestellt ist, beziehungsweise ob der gestellte Strafantrag noch zu Recht besteht. Vorliegendenfalls hat, nachdem das Amtsgericht dem Privatkläger die Ergänzung der Privatklage innerhalb einer bestimmten Frist unter Androhung der Zurückweisung aufgegeben und diese Frist vom Privatkläger nicht eingehalten worden ist, nach § 431 ² StPO. die Privatklage als zurückgenommen zu gelten. Es fragt sich aber, ob damit auch der rechtzeitig und formrichtig gestellte Strafantrag zurückgenommen ist. Privatklage und Strafverfolgungsantrag sind innerlich verschiedene Rechtsinstitute und selbständig zu beurteilen auch da, wo der Strafantrag in der Privatklage enthalten ist. Die Stellung des Strafantrags erfüllt eine Bedingung, deren Zutreffen für die Möglichkeit und Zulässigkeit der Strafverfolgung überhaupt erforderlich ist, während die Erhebung der Privatklage an und für sich lediglich die Form und den Weg bedeutet, auf welchem die durch Stellung des

Strafantrags ermöglichte Strafverfolgung betrieben wird.

Aus dieser Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute, die auch in einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck gekommen ist, ergibt sich aber, daß mit dem Wegfall der Privatklage nicht auch ohne weiteres der Strafantrag hinfällig wird. Dies zeigt sich zunächst dann, wenn die Privatklage zurückgenommen wird in einem Zeitpunkt, in welchem die Zurücknahme des Strafantrags nicht mehr stattfinden kann, oder wenn die Zurücknahme der Privatklage erfolgt in einem Fall, in welchem der Strafantrag überhaupt nicht zurücknehmbar ist. Hier bleibt zweifellos auch nach der Klagzurücknahme der Strafantrag in Kraft und ist die Staatsanwaltschaft in der Lage, auf Grund dieses Strafantrags ein neues Verfahren herbeizuführen. Aber auch da, wo die Zurücknahme des Strafantrags zulässig ist, enthält die Zurücknahme der Privatklage nicht notwendig auch diejenige des Strafantrags. An und für sich ist mit der Privatklagezurücknahme nur zum Ausdruck gebracht, daß der Privatkläger vom Privatklageverfahren zurücktreten wolle und es wird im einzelnen Falle zu prüfen sein, ob lediglich dies die Intention des Klägers ist oder ob er zugleich den Strafantrag zurücknehmen und damit jede Möglichkeit weiterer Verfolgung der Tat ausschließen will. Für die Regel wird wohl das letztere zutreffen und es wird, insbesondere wenn der Strafantrag ausschließlich in der Privatklage gestellt ist, besonderer Umstände bedürfen, um eine andere Absicht des Antragstellers darzutun. Immerhin aber ist ein solcher anderer Wille möglich und er ist zu beachten, wenn er erkennbar ist. Es ist hienach im einzelnen Fall zu untersuchen, in welchem Sinne die Zurücknahme der Privatklage zu verstehen ist. Ergibt sich, daß der Privatkläger lediglich die Strafverfolgung auf diesem Wege und in diesem Verfahren hat aufgeben, im übrigen aber die Möglichkeit der Strafverfolgung hat offen lassen wollen, so ist mit der Zurücknahme der Privatklage nicht auch schon diejenige des Strafantrags gegeben, und es steht kein Hindernis im Wege, daß

die Staatsanwaltschaft auf Grund des einmal gestellten und in solchem Falle noch wirksamen Strafantrags die Strafverfolgung im öffentlichen Interesse weiter betreibt.

Die Frage, ob Wille und Absicht des Antragstellers in dem einen oder im andern Sinne zu verstehen sei, liegt auf tatsächlichem Gebiet. Das Berufungsgericht hat auf Grund tatsächlicher Erwägungen festgestellt, daß es ausgeschlossen sei, daß der Antragsteller den Strafantrag habe zurücknehmen wollen. Diese Feststellung ist der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen und auf Grund derselben hat das Berufungsgericht dem Ausgeführten zufolge ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der vom Privatkläger gestellte Strafantrag noch rechtswirksam sei und die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage berechtigt habe. Die Frage, ob bei der (fingierten) Klagzurücknahme des § 431² StPO. eine Zurücknahme des Strafantrags überhaupt vorliegen könne, braucht hier nicht näher erörtert zu werden, nachdem das Berufungsurteil aus tatsächlichen Gründen die Zurücknahme des Strafantrags einwandfrei ausgeschlossen hat.

Urt. des Strafsenats v. 8. Juni 1903 gegen K. R. in C. wegen Beleidigung.

11.

Darf über die Berufung des Staatsanwalts und des Angeklagten in zwei verschiedenen Urteilen erkannt werden?

Der Angeklagte ist vom Schöffengericht wegen eines Vergehens der Beleidigung in Verbindung mit einem Vergehen gegen die Sittlichkeit im Sinn des § 183 StGB. zu einem Monat Gefängnis verurteilt worden. Gegen dieses Urteil haben der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft, letztere zu Ungunsten des Angeklagten, die Berufung eingelegt. In der Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist der Angeklagte ausgeblieben, das Berufungsgericht hat nun

zunächst ein Urteil dahin verkündet, daß die Berufung des Angeklagten verworfen werde. Hierauf wurde in die Verhandlung über die Berufung der Staatsanwaltschaft eingetreten und nach deren Schluß das Urteil verkündet, daß auf die Berufung der Staatsanwaltschaft das schöffengerichtliche Urteil aufgehoben und der Angeklagte wegen eines Vergehens wider die Sittlichkeit und eines damit in einer Handlung zusammentreffenden Vergehens der Beleidigung zu der Gefängnisstrafe von zwei Monaten sowie zur Tragung der Kosten beider Instanzen verurteilt sein solle. Gegen letzteres Urteil ist vom Angeklagten Revision eingelegt und zu der behaupteten Verletzung des Grundsatzes Ne bis in idem d. h. des Verbots wiederholter Strafverfolgung desselben Angeklagten wegen der nämlichen Straftat geltend gemacht worden, es dürfe nur ein Urteil vorliegen, auch wenn von zwei Seiten Berufung eingelegt worden sei; hier sei zunächst die Berufung des Angeklagten durch besonderes Urteil verworfen, damit sei die Sache materiell dahin erledigt, daß es bei der Entscheidung des Schöffengerichts sein Bewenden habe; für ein weiteres Verfahren und Urteil sei kein Raum mehr gewesen.

Der von der Revision angezogene Rechtsgrundsatz kann an sich materiell rechtliche, aber auch prozessuale Bedeutung haben. Im vorliegenden Falle nun erhellt, daß es sich um die Rüge eines materiell rechtlichen Verstoßes nicht handeln kann. Wird ein Urteil vom Angeklagten und von der Staatsanwaltschaft angegriffen, so hat das Berufungsgericht über beide Rechtsmittel Entscheidung zu treffen. Das ist aber keineswegs eine wiederholte Verfolgung des Angeklagten wegen der nämlichen Straftat; der Angeklagte wird nur einmal verurteilt. Nun kommt vorliegendenfalls allerdings dazu, daß zuerst über die Berufung des Angeklagten ein Urteil verkündet und dann erst über diejenige der Staatsanwaltschaft verhandelt worden und wiederum ein Urteil ergangen ist. Dieses Verfahren entspricht nicht der Strafprozeßordnung; nach § 259 StPO. schließt die Hauptver-

handlung mit Erlassung des Urteils, und die Vorschrift des § 370 das., daß bei unentschuldigtem Ausbleiben des Angeklagten seine Berufung sofort zu verwerfen sei, bedeutet nur Verwerfung der Berufung ohne materielle Prüfung. Allein materiell liegt die Sache auch hier nicht anders, als wenn über beide Berufungen gleichzeitig in einem Urteil entschieden worden wäre. Denn auch hier enthält das über die Berufung der Staatsanwaltschaft verkündete Urteil nicht eine nochmalige Verfolgung des Angeklagten wegen der gleichen Straftat. Der Angeklagte ist auch hier wegen der den Gegenstand der Anklage bildenden Tat nur einmal verurteilt und es sind lediglich die von verschiedenen Seiten gegen das schöffengerichtliche Urteil gerichteten Angriffe, über welche nach den Vorschriften der StPO. in einem Urteil hätte entschieden werden sollen, in getrennt verkündeten Entscheidungen erledigt. Demzufolge enthält auch nur das zuletzt verkündete Urteil eine Entscheidung über die Kosten.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß der von der Revision erhobene Einwand ausschließlich prozessualer Natur ist und daß demnach seiner Geltendmachung schon der § 380 StPO. entgegensteht.

Urt. des Straffenats vom 18. Mai 1903 in der Strafsache gegen L. B. in St. wegen Vergehens gegen die Sittlichkeit u. a. V.

12.

Betrugsversuch bei einem Kauf auf Probe.

Nach den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hat der Angeklagte an den Bauern L. B. in G. ein Pferd auf vierwöchentliche Probe zum Preis von 350 Mk. verkauft und dasselbe dem Käufer sofort übergeben; zu diesem Kauf wurde B. durch die mündlichen Zusicherungen des Angeklagten, daß das Pferd „gut im Zug auf der Hand, fromm in jeder Art, Niederlegen und Aufstehen" sei, sowie durch ein schriftliches Zeugnis der Viehmarktkommission in D. be-

stimmt, wonach der Angeklagte dieses Pferd daselbst unter der vorbezeichneten Garantie um denselben Preis erworben hatte. In Wirklichkeit bezog sich diese Urkunde aber, wie der Angeklagte wußte, auf den Erwerb eines anderen Pferdes und hatte der Angeklagte das an B. auf Probe verkaufte Pferd anderswo — in S. — unter ähnlicher, jedoch die Eigenschaft „futterrasch im Stall" ausdrücklich ausnehmender Garantie und um den Preis von nur 240 Mk. gekauft gehabt. Dieses Pferd zeigte sich auch tatsächlich bei B. als futterrasch und futterneidig und ebenso als Schläger, der Angeklagte hat den Fehler der Futterneidigkeit, solange er das Pferd im Besitz gehabt hatte, erkannt, dieser Fehler hat den Wert des Pferds um etwa 100 Mk. vermindert und der Angeklagte war sich dessen wohl bewußt. Er beabsichtigte mit seinen falschen Vorspiegelungen, den B. zunächst einmal zum Ankauf auf Probe, weiterhin aber auch zum Behalten des Pferds nach Ablauf der Probezeit bezw. zur Billigung des vorerst auf Probe abgeschlossenen Kaufs zu bestimmen, er hat einen festen Verkauf des Pferdes zum Preis von 350 Mk. von Anfang bezweckt und mit dem Bewußtsein und Willen, den B. am Vermögen zu schädigen, sowie in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt. Die Vermögensbeschädigung des Käufers B. ist allerdings nicht dadurch, daß er auf Grund des durch die falschen Vorspiegelungen des Angeklagten in ihm hervorgerufenen Irrtums zum Kaufabschluß auf Probe sich bestimmen ließ, vielmehr durch den zwar in seiner Willensrichtung gelegenen, nicht aber unmittelbar vom Angeklagten herbeigeführten Umstand eingetreten, daß ersterer die ihm gesetzte Probezeit verstreichen ließ und dadurch zum Behalten des Pferdes nebst der Zahlung des vollen Kaufpreises veranlaßt wurde.

Auf Grund dieses für erwiesen erachteten Sachverhalts gelangte das Berufungsgericht zu der Annahme, daß der Angeklagte seinen Entschluß, das Vermögen des B. in der Absicht, sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu

verschaffen, durch Irrtumserregung mittels Vorspiegelung falscher Tatsachen zu beschädigen, durch Handlungen betätigt habe, welche einen Anfang der Ausführung des Vergehens des Betrugs enthalten. In der Tat erschöpfen die getroffenen Feststellungen sämtliche Merkmale des objektiven und subjektiven Tatbestands eines versuchten Betrugsvergehens im Sinn der §§ 263, 43 StGB. und die beigegebenen Ausführungen lassen eine rechtsirrtümliche Auffassung in der Anwendung des Strafgesetzes nicht erkennen.

Dem gegenüber wendet die Revision ein, daß ein versuchter Betrug nur dann vorläge, wenn — was tatsächlich nicht zutreffe — festgestellt wäre, daß der Angeklagte von Haus aus das Pferd hätte unbedingt an B. verkaufen wollen und hiezu falsche Vorspiegelungen benützt hätte, sowie daß B. sich geweigert hätte, einen unbedingten Kauf zu schließen. Dieser Angriff geht fehl. Denn einmal ist es für den Tatbestand des versuchten Betrugs gleichgültig, ob der Entschluß des Täters auf die Beschädigung des Vermögens eines andern direkt oder indirekt, für alle Fälle oder nur eventuell gerichtet gewesen ist, sofern der Täter nur die nach seinem Bewußtsein mögliche Beschädigung tatsächlich mit in seinen Willen aufgenommen hat und zwar als eine Folge seiner Täuschungshandlung, wie denn auch bedingte und eventuelle Ansprüche die Annahme selbst eines vollendeten Betrugsvergehens unter Umständen begründen können. Entsch. RG. in Straff. Bd. 13 S. 138, 143, Bd. 18 S. 443. Daß vorliegend der Angeklagte schon bei Abschluß des Kaufvertrags mit dem Willen, den B. an seinem Vermögen zu schädigen, gehandelt und hiezu d. h. um den erheblich minderwertigen Gaul um den wie ihm bewußt zu hohen Preis von 350 Mk. an den Mann zu bringen, der von ihm zugestandenen falschen Vorspiegelungen sich bedient hat, wurde vom Vorrichter unzweideutig festgestellt. Sodann ist ausdrücklich als erwiesen angenommen worden, daß der Angeklagte von Anfang darauf ausging, daß B. das Pferd endgültig behalte und ihm dafür

350 Mk. bezahle, daß er sich hiezu des Mittels eines Kaufs auf Probe nur als des für ihn zunächst erreichbaren Zieles bediente, sein Wille aber schon beim Kaufabschluß dahin ging, es werde ihm in der Zukunft gelingen, den B. zum Behalten des Pferds zu veranlassen. Er hat hienach von Anfang vorausgesetzt und mit in seinem Willen aufgenommen, es werde die von ihm gebrauchte Vorspiegelung den von vornherein beabsichtigten endgültigen Erfolg herbeiführen, und demgemäß hat er im Zusammenhalt mit den angeführten weiteren Feststellungen alle Tatbestandsmerkmale einer strafbaren Handlung des Betrugs sich vorgestellt, er hat aber auch mit der auf Täuschung berechneten Tätigkeit, also einer zum gesetzlichen Tatbestand des Betrugsvergehens gehörigen Handlung begonnen, ja sie seinerseits vollständig ausgeführt und zwar in Bereicherungsabsicht, sowie als Mittel der Beschädigung des B.schen Vermögens. Wenn nun auch die letztere nach der Feststellung des Vorrichters tatsächlich infolge des eigenen saumseligen Verhaltens des Käufers B. eintrat, so war sie doch von Anfang nicht nur als möglich in Aussicht genommen, sondern auch eventuell gewollt. Dieser konstatierte Eventualdolus reicht strafrechtlich vollständig aus, ja es fragt sich, ob nicht die Annahme eines vollendeten anstatt eines nur versuchten Betrugs begründet gewesen wäre, nachdem festgestellt wurde, daß der Angeklagte von Anfang an mit seinen Vorspiegelungen den festen Verkauf um den übermäßigen Preis von 350 Mk. bezweckte, also wie zu ergänzen wäre, nach den Erfahrungen des täglichen Lebens darauf rechnete, B. werde aus irgendwelchem Grund die rechtzeitige Rückgabe versäumen. Doch kann dies dahingestellt bleiben, der Angeklagte ist durch die Annahme eines bloß versuchten Betrugs keinenfalls beschwert. Soweit die Revision in zweiter Linie geltend macht, die Täuschungshandlung des Angeklagten habe den B. nur zum Kauf auf Probe, dagegen erst die eigenen Wahrnehmungen in der Probezeit diesen zum definitiven Kauf bestimmen sollen, so stellt sich dieser Angriff als eine nach § 376 StPO. nicht beachtliche Einwendung gegen

die unzweifelhaft anders lautende tatsächliche Feststellung des Vorrichters dar.

Urteil v. 19. Juni 1905 in der Strafsache gegen K. B. wegen Betrugs.

13.

Zum Begriff des Aufsuchens von Warenbestellungen.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils hat der Angeklagte F. als Reisender der Angeklagten B. in deren Auftrag und auf deren Rechnung an verschiedenen Orten Württembergs Bestellungen auf gewisse Gegenstände entgegengenommen. Dies geschah in der Weise, daß F. von St. dem Sitz der gewerblichen Niederlassung seiner Geschäftsherrin aus, in den in jenen Ortschaften gelesenen Zeitungen bekannt machte, daß und wann er dort, mit Mustern solcher Gegenstände versehen, in bestimmten Wirtshäusern zu sprechen sein werde, sich hierauf in diesen Wirtshäusern einfand und die Bestellungen der auf die Anzeige hin erscheinenden Personen entgegennahm. Die Bestellungen wurden von ihm seiner Geschäftsherrin mitgeteilt und von dieser sodann die gewünschten Gegenstände an die Besteller geschickt, die weder Kaufleute waren noch Personen, in deren Geschäftsbetrieb die Gegenstände Verwendung fanden, vielmehr die letzteren für sich selbst bedurften. F. war mit einer Legitimationskarte versehen, einen Steuerschein hatte er nicht. —

Auf Grund hievon ist gegen ihn festgestellt worden, daß er wissentlich ein steuerpflichtiges Wandergewerbe ausgeübt habe, ohne einen Steuerschein gelöst zu haben. Er ist daher wegen eines Vergehens der Wandergewerbesteuergefährdung i. S. Art. 22 Z. 1 und Art. 23 Abs. 1 des württ. Ges. betr. die Wandergewerbesteuer v. 15. Dezember 1899 zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Für Strafe und Kosten ist gemäß Art. 26 des angeführten Gesetzes die B. für haftbar erklärt worden. — Das Urteil geht hiebei von der Erwägung aus, daß die Bestimmungen des Württ. Wandergewerbe-

steuergesetzes, insbesondere des Art. 16 Abs. 1 das., der die Wandergewerbesteuerpflicht der Detailreisenden normiert, alle diejenigen treffe, welche auf Grund der Reichsgewerbeordnung mit einem Wandergewerbeschein versehen sein müssen. Da nun nach § 55 GewO. eines solchen Scheins bedürfe, wer außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person Warenbestellungen aufsuchen wolle, und da ferner einer der Fälle, in denen nach § 44 und 45a GewO. hiezu eine Legitimationskarte erforderlich und ausreichend sei, beim Angeklagten F. nicht zutreffe, so habe er eines solchen Scheins bedurft; folglich hätte er einen Steuerschein lösen müssen. Da er dies unterlassen habe, falle er unter die Strafvorschrift des § 148 Z. 7 GewO., eine Bestrafung hieraus könne jedoch nicht erfolgen, weil die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen das Württ. Wandergewerbesteuergesetz enthalte — § 148 letzter Abs. GewO. Dagegen habe der Art. 23 Abs. 1 Württ. Wandergewerbesteuerges. auf ihn Anwendung zu finden; der Angeklagte habe zwar nicht in der Absicht einer Steuergefährdung, wohl aber wissentlich gehandelt, da er seine gesetzwidrige Handlungsweise wissentlich, wenn auch auf Grund eines strafrechtlichen Irrtums ausgeübt habe. Die B. habe für ihre Rechnung den F. mit der Ausübung dieses Wandergewerbes beauftragt, sie habe daher nach § 26 Wandergewerbesteuergesetzes zu haften.

Die gegen das Urteil eingelegte Revision behauptet, das materielle Recht, nämlich der zit. Art. 16 Abs. 1 Wandergewerbesteuerges. sei verletzt, sofern der Begriff des Aufsuchens von Warenbestellungen verkannt sei. Hierin sei nicht nur ein Suchen nach Abnehmern zu erblicken, denn dieser weite Begriff ließe sich auf jede Geschäftsannonce oder sonstige Reklame anwenden, sondern das Suchen müsse sich auf bestimmte Personen konzentrieren in der Form, daß diesen Personen ein Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrags gemacht werde, was vorliegend nicht der Fall sei. Der Angriff

der Revision ist nicht als begründet erachtet worden.

Der Strafsenat hat schon in der im 13. Band S. 384 der Württ. Jahrbücher veröffentlichten Entscheidung die Ansicht des Berufungsgerichts, das in der, dem heutigen Fall ganz gleich gestalteten Tätigkeit des Angeklagten ein Aufsuchen von Warenbestellungen i. S. §§ 44, 55 GewO. gefunden hatte, gebilligt und hat keinen Anlaß, von der damals zum Ausdruck gebrachten Auffassung abzugehen. Diese Auffassung ist zunächst mit dem Wortlaut des Gesetzes wohl vereinbar. Denn schon an und für sich weisen die Worte: „Wer Warenbestellungen aufsucht" durchaus nicht notwendig darauf hin, daß der Aufsuchende sich an eine bestimmte Person wenden, die Person, mit welcher er in Beziehung treten will, aufsuchen, ihr speziell seine Waren anbieten müsse. Ueberdies aber gebraucht das Gesetz offenbar ganz gleichbedeutend in § 44 Abs. 1 die Worte: „Bestellungen auf Waren suchen". Hieraus ergibt sich, daß eine weitere allgemeine Auslegung als diejenige der Revision Platz zu greifen hat. Unter Aufsuchen von Bestellungen ist hienach jede Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist und sich bemüht, Bestellungen zu erreichen und zu sammeln. In diesem Sinn aber ist die Tätigkeit des Angeklagten F. zweifellos ein Aufsuchen von Bestellungen. Sein Anzeigen in den Zeitungen, seine Reisen an die verschiedenen Orte, sein Aufenthalt dort hatte ja nur den einen Zweck, Kauflustige zu einem Besuch und zum Abschluß von Lieferungsverträgen zu veranlassen, also Bestellungen auf die Erzeugnisse seiner Geschäftsherrin herbeizuführen. Er ist von einem Ort zum andern gereist und hat sein Eintreffen jeweils öffentlich angekündigt, um sich hiedurch Bestellungen zu verschaffen, er hat diese also mittels des Reisens aufgesucht.

Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck der bezüglichen Gesetzesbestimmungen, deren Tendenz dahin geht, die Geschäftstätigkeit des Handlungsreisenden im eigentlichen Sinn, d. h. dessen, der die geschäftlichen Beziehungen zwischen Fabrikanten und Großkaufleuten zu anderen Kauf-

leuten und Gewerbetreibenden vermittelt, von derjenigen der Hausierer auszuscheiden, und beide unter verschiedene rechtliche Beurteilung zu stellen.

Während nach § 44 GewO. das außerhalb des Gemeindebezirks der gewerblichen Niederlassung erfolgende Aufsuchen von Bestellungen auf Waren bei Kaufleuten oder solchen Personen, in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden, als ein Ausfluß des stehenden Gewerbebetriebs anerkannt und als solcher unter Mitführung einer Legitimationskarte für zulässig erklärt wird, verordnet der § 55 GewO. daß, wer außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts bei anderen Personen als den vorhin genannten Warenbestellungen aufsucht eines Wandergewerbescheins bedürftig sei, seine Tätigkeit also unter den Gewerbebetrieb im Umherziehen fallen solle. Aus der Gegenüberstellung der beiden Paragraphen ergibt sich mit Deutlichkeit, daß nach dem Willen des Gesetzes jeder Reisende den Bestimmungen über den Gewerbebetrieb im Umherziehen unterstehen soll, der nicht in der, in § 44 GewO. begrenzten Art und Weise Geschäfte zu machen sucht, sich also nicht nur an Kaufleute und sonstige Gewerbetreibende, sondern an das Publikum im allgemeinen wendet.

Gegenüber diesen aus Inhalt, Zweck und Sinn des Gesetzes sich ergebenden Gründen kann sich auch auf die Motive zur Novelle zur GewO. vom 6. August 1896, welche in den Urteilen anderer Gerichte zur Begründung ihrer abweichenden Ansicht herangezogen werden, mit Erfolg nicht berufen werden. Denn einmal kommt den Motiven eine für Sinn und Inhalt des Gesetzes ausschließlich maßgebende Bedeutung überhaupt nicht zu. Weiter aber sprechen diese Motive allerdings von berechtigten Klagen der Bevölkerung über Belästigung durch häufige Geschäftsanerbietungen, woraus der Schluß gezogen wird, daß dem Ueberlaufen des Publikums durch die Geschäftsreisenden habe gesteuert werden wollen; dies ist aber keineswegs der einzige Gesichtspunkt, der hier hervorgehoben wird. Es ist auch von den In-

teressen der Handel- und Gewerbetreibenden selbst (an anderen Stellen der Gesetzesmaterialien wird auf die Klagen der kleinen Kaufleute und die Schädigung der kleinen Gewerbe hingewiesen) und von einer unerwünschten Vermehrung des berufsmäßigen Umherziehens die Rede, — Gesichtspunkte, die auch für die hier vertretene Auffassung angeführt werden können.

So ist auch aus diesen Motiven ein stichhaltiger Grund für die Ansicht der Revision nicht herzuleiten, die übrigens zu dem unhaltbaren Ergebnis führen müßte, daß die vom Angeklagten entwickelte Tätigkeit weder unter diejenige der Handlungsreisenden, noch unter die der Detailreisenden (Hausierer) fallen würde. Das erstere nicht, weil er nicht mit Kaufleuten oder Gewerbetreibenden nach § 44 GewO. Geschäfte macht, das letztere nicht, weil er nach Ansicht der Revision überhaupt keine Warenbestellungen aufsuchen würde. Hienach ist der Angriff der Revision verfehlt.

Urt. vom 20. Sept. 1905 in der Strafsache gegen E. F. und L. B. wegen Wandergewerbesteuergefährdung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

15.

Unter welchen Voraussetzungen sind die Zinsen aus geschäftlichem Betriebskapital nach Art. 5 Abs. 2 des Kapitalsteuergesetzes von der Kapitalsteuer befreit?

In den Gründen wird ausgeführt:

a. Der Art. 5 Abs. 2 des Kapitalsteuergesetzes nimmt von der Kapitalsteuer aus die Zinsen aus den zum gewerblichen Betriebskapital gehörigen Forderungen. Der Betrieb der Versicherung nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit, den die Beschwerdeführerin als die Regel pflegt, ist jedoch nach Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 14 S. 235 und Bd. 28 S. 313 rechtlich nicht ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Ziff. 3 des Handelsgesetzbuchs; die Gewerbeordnung findet nach der Vorschrift in § 6 Abs. 1 auf den Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmer keine Anwendung; und wenn nach der übereinstimmenden Annahme der Doktrin und Rechtsprechung unter Gewerbe im weitesten Sinne jede fortgesetzte mit der Absicht auf Gewinnerzielung unternommene selbständige und erlaubte Arbeitstätigkeit zu verstehen ist, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehre darstellt, so fällt der Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin nicht unter diesen Begriff des Gewerbes; denn den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, bei denen sämtliche Gesellschaftsmitglieder sich wechselseitig verpflichten, die seitens

der einzelnen Mitglieder versicherten Schäden zu decken, fehlt die Absicht und die Möglichkeit der Erzielung eines Gewinns (vergl. Bericht der Steuerkommission der Kammer der Abg. über den Entwurf des Einkommensteuergesetzes vom 21. Mai 1897 in den Verhandlungen 1895/98 Beil. Bd. 7 S. 101). Betreibt hiernach die Beschwerdeführerin kein Gewerbe im gesetzlichen Sinne, so kann sie auch nicht im Besitze eines gewerblichen Betriebskapitals sein, und Zinserträgnisse können nicht deshalb von der Kapitalsteuer freibleiben, weil sie zu einem solchen gewerblichen Betriebskapital gehören.

b. Nach dem ursprünglichen Wortlaut des Art. 5 Abs. 2, in dem zur näheren Bezeichnung des in Betracht kommenden gewerblichen Betriebskapitals auf den Art. 91 des Steuergesetzes vom 28. April 1873 hingewiesen war, und nach der Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 2, der die Vorschrift des Art. 14 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes auf die Kapitalsteuer ausdehnen will, ist ferner anzunehmen, daß der Art. 5 Abs. 2 die Kapitalsteuerfreiheit der Zinserträgnisse nur für den Fall vorsieht, daß sie wegen ihres Zusammenhangs mit einem land- oder forstwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebskapital einer anderen Ertragsteuer, der Grundsteuer oder der Gewerbesteuer, unterliegen. Diese Absicht der Gesetzgebung ist in dem Art. 14 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes dadurch deutlich zum Ausdruck gekommen, daß bezüglich der Besteuerung der nicht unter das steuerbare Kapitaleinkommen fallenden Zinsen ausdrücklich auf die Art. 12 und 13 und in diesen Artikeln wieder auf den für das steuerbare Einkommen grundlegenden Art. 6 Ziff. 1 und 2 verwiesen wird. Aus dem Zusammenhang des Art. 5 Abs. 2 des Kapitalsteuergesetzes mit dem Art. 14 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes geht hervor, daß der Art. 5 Abs. 2 nicht Zinserträgnisse über das seitherige Recht hinaus von jeder Ertragsteuer befreien, sondern nur von der Kapitalsteuer unter der Voraussetzung ausnehmen will, daß die diese Zinserträgnisse begründenden Forderungen

Bestandteile eines einer anderen Ertragsteuer unterliegenden Betriebskapitals sind. Die Beschwerdeführerin müßte also, um mit ihrem Anspruch durchzudringen, den Nachweis führen, daß die fraglichen Zinserträgnisse, deren Kapitalsteuerpflichtigkeit sie bestreitet, wegen ihres Zusammenhangs mit einem gewerbesteuerpflichtigen Betriebskapital von der Gewerbesteuer erfaßt werden.

Dieser Nachweis ist jedoch ausgeschlossen, da der Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin unbestrittenermaßen der Gewerbesteuer nicht unterstellt ist.

Urteil v. 25. April 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der W. Privatfeuervers. in St.

16.

Zur Auslegung des § 57 Abs. 2 und 5 des Krankenversicherungsgesetzes.

Aus den Gründen:

Die Frage, ob dem K. ein Anspruch auf Krankenhausverpflegung an die Beklagte zustand, ist von Einfluß auf die Entscheidung über die Höhe des dem Kläger zukommenden Ersatzes. Nach § 57 Abs. 5 KVG. gilt als Ersatz der in § 6 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Leistungen (freie ärztliche Behandlung, Arznei, Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel) die Hälfte des gesetzlichen Mindestbetrages des Krankengeldes, sofern nicht höhere Aufwendungen nachgewiesen werden. Das dem K. zustehende Krankengeld berechnet sich für die Zeit vom 22. November 1904 bis 1. März 1905 (82 Tage) auf 61 Mk. 50 Pfg., die Hälfte seines Krankengeldes nach § 57 Abs. 5 auf 100 Tage auf —:· 37 Mk. 50 Pfg., so daß dann, wenn für K. lediglich ein Anspruch auf die Leistungen des § 6 Abs. 1 Ziff. 1 KVG. und auf Krankengeld angenommen wird, an dem wirklichen Aufwand des Klägers immer noch 48 Mk. 70 Pfg. ungedeckt blieben. Daran vermöchte auch der Schlußsatz des § 57 Abs. 5: „sofern nicht höhere Aufwendungen nachge-

wiesen werden", nichts zu ändern. Denn nach der Absicht dieser Bestimmung (vergl. auch Hahn in Arbeiterversorgung XX, S. 429) genügt, wenn Krankenpflege gewährt worden ist, nicht etwa der Nachweis, daß und wie viel die gesamten Kosten derselben den Betrag des $1^1/_2$fachen Krankengelds übersteigen, sondern es muß dargetan werden, daß und um wie viel der Aufwand für die in § 6 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Leistungen, d. h. für die dem Versicherten im Rahmen der Krankenhausbehandlung gewährte ärztliche Hilfe nebst Heilmitteln die Hälfte des Krankengeldes übersteigt. Dieser Nachweis ist aber im vorliegenden Fall nicht zu erbringen, weil weder für ärztliche Behandlung, noch für Arznei oder andere Heilmittel überhaupt Kosten entstanden sind, die in Anrechnung gebrachten Kosten vielmehr lediglich durch Verpflegung und Heizung, durch Wiederherstellung vom Kranken beschädigter Gegenstände und durch seine Ueberführung nach W. enstanden sind.

Der Unterrichter gründet denn auch sein Anerkenntnis des vollen Ersatzanspruchs auf die Erwägung, die Beklagte sei zur Gewährung von Krankenhauspflege und deshalb auch zum Ersatz der gesamten durch dieselbe im vorliegenden Fall entstandenen Kosten verpflichtet gewesen, weil die ihr obliegende Krankenunterstützung wegen der Art der Erkrankung des K. nur in der Form der Unterbringung des Kranken in einer Krankenanstalt habe geleistet werden können, dürfen und müssen.

In dieser Hinsicht ist zunächst festzustellen, daß das Krankenversicherungsgesetz dem Versicherten ein Recht auf Krankenhausverpflegung nicht einräumt. Aus §§ 6 und 7 KVG. ergibt sich vielmehr, daß die gesetzliche Verpflichtung der Krankenkassen nur auf Gewährung der in § 6 verzeichneten Leistungen geht und daß es nach dem Gesetz in der Wahl der Kasse steht, ob sie diese Leistungen oder ob sie in den gesetzlich zulässigen Fällen Krankenhausverpflegung gewähren will. Diese Wahl kann sich die Kasse für jeden ein-

zelnen Fall vorbehalten, sie kann sie aber auch allgemein treffen[1]).

Letzteres ist seitens der Beklagten in § 14 ihres Statuts dahin erfolgt, daß an Stelle der Leistungen des § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes (§ 13 des Statuts) für erwerbsunfähige Kranke unter den im Gesetze vorgesehenen und im Statut wiederholten Voraussetzungen freie Kur und Verpflegung im Krankenhause tritt. Hiedurch wird den Kassenmitgliedern beim Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen ein Recht auf Krankenhauspflege eingeräumt. Die Vorschrift des § 14 Abs. 3 des Statuts, wonach die Aufnahme eines Erkrankten ins Krankenhaus durch den Krankenhausverwalter auf Anweisung des Vorstands oder der örtlichen Verwaltungsstelle erfolgt, ist dahin zu verstehen, daß im Zweifelsfalle dem Vorstand oder der örtlichen Verwaltungsstelle das Erkenntnis über die Aufnahme vorbehalten ist. Ein solcher Fall lag aber bei K. nicht vor, es treffen vielmehr die Voraussetzungen des § 14 des Statuts hier zweifellos zu.

War dem Erkrankten demnach ein Anspruch auf Krankenhauspflege zuzugestehen, so ging dieser Anspruch nach § 57 Abs. 2 KVG. auf den Kläger über und es ergibt sich hieraus für diesen der Anspruch auf vollen Ersatz der von ihm aufgewendeten Kosten.

Zu diesen Kosten gehören insbesondere auch unter den vorliegenden Umständen diejenigen für die Ueberführung des Kranken von E. nach W.[2]).

Urteil vom 9. Mai 1906 in der Beruf.-S. der Bez.-Krankenkasse E. gegen den Ortsarmenverband N.

17.

Die gesetzlichen Voraussetzungen der Erhebung der Wohnsteuer können durch eine Vereinbarung benachbarter Gemeinden nicht abgeändert werden.

Zur Begründung ist ausgeführt:

[1]) Schicker, KVG., II. Aufl., Anm. 2 zu § 7, S. 83.

[2]) Hahn, KVG., III. Aufl. Anm. 1d zu § 7, S. 100 u. Anm. 5a zu § 57, S. 286.

Die eingeklagte Wohnsteuer aus den 3 Rechnungsjahren 1901/04 beurteilt sich noch nach dem Art. 55 des Gesetzes vom 16. Juni 1885, betr. die Gemeindeangehörigkeit (Reg.-Blatt S. 257), da das Gesetz vom 8. August 1903, betreffend die Besteuerungsrechte der Gemeinden und Amtskörperschaften (Reg.-Blatt S. 397), welches in den Art. 34 ff. die Art. 55 und 56 des Gesetzes vom 16. Juni 1885 ersetzt hat, erst mit dem 1. April 1905 in Kraft getreten ist. Nach jenem Art. 55 sind die Gemeinden berechtigt, die Wohnsteuer als Personalabgabe „von allen im Gemeindebezirk wohnenden und selbständig auf eigene Rechnung lebenden Personen" zu erheben. Unter dem Wohnen im Sinne des Gesetzes ist nach den Motiven und dem Kommissionsbericht zu den Art. 3 und 52 des Entwurfs (Verh. der Kammer der Abg. von 1883/84, I. Beil. Bd. S. 422. 686), wie der Verwaltungsgerichtshof schon früher ausgesprochen hat (Amtsbl. des Ministeriums des Innern von 1891 S. 127) nicht der juristische Wohnsitz, sondern ein nicht bloß vorübergehender Aufenthalt des Steuerpflichtigen zu verstehen.

Hiebei ist es ohne Belang, ob dieser Aufenthaltsort für den Steuerpflichtigen zugleich den Mittelpunkt seines bürgerlichen und wirtschaftlichen Lebenskreises bildet. Daß nun aber die sämtlichen Beklagten je zu Beginn der Rechnungsjahre 1901/04 (der Beklagte W. F. zu Beginn des Rechnungsjahrs 1901/02) ihren nicht bloß vorübergehenden Aufenthalt in Friedrichstal, wo sie ihre Wohnung haben und ihrem Beruf und ihrer Arbeit nachgehen, somit innerhalb des Gemeindebezirks Baiersbronn gehabt haben, ist nicht bestritten und kann nicht bestritten werden.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Wohnsteueranspruch der klagenden Gemeinde Baiersbronn sind demnach gegeben.

Wenn die Beklagten sich demgegenüber zunächst darauf berufen, daß nach Herkommen und nach Inhalt des Vertrags vom 24. Juli 1837 die Laboranten in Friedrichstal in ihren persönlichen Steuerbeziehungen so zu behandeln seien, wie

wenn sie im Gemeindebezirk Freudenstadt wohnen würden, daß als ihr Wohnort nach Vertrag und Herkommen Freudenstadt anzusehen sei, so kann dem jedenfalls nach der heutigen Gesetzgebung keine Bedeutung beigemessen werden. Denn die Frage, wo ein Steuerpflichtiger wohnt, beurteilt sich in Auslegung der Gesetze und in Gemäßheit des hiedurch gegebenen Begriffs des Wohnens nach den vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen, und wenn, wie hier, diese tatsächlichen Verhältnisse ein Wohnen, einen nicht bloß vorübergehenden Aufenthalt in dem Bezirk der klagenden Gemeinde erkennen lassen, so kann nicht durch eine vertragsmäßige Fiktion oder durch eine herkömmliche Anschauung ein dem objektiven Sachverhalt widersprechendes Wohnen an einem anderen Ort, in einem anderen Gemeindebezirk unterstellt werden.

Wenn ferner der Geheime Rat in seiner Entscheidung vom 11. Juni 1863 für die damals streitige Kapital- und Diensteinkommenssteuer und die damalige Gesetzgebung die Frage des für die Steuerpflicht maßgebenden Wohnsitzes als eine offene Frage behandelt hat, die nach den Absichten und Bestimmungen des Munizipalvertrags von 1837 beantwortet werden könne, so trifft eine solche Erwägung nach dem Gesagten jedenfalls für die Wohnsteuerpflicht aus dem Art. 55 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes von 1885 nicht mehr zu, auch könnte dieser Erwägung als bloßem Entscheidungsgrund und wegen der Aenderung der Gesetzgebung hieher keine Rechtskraftwirkung und keine präjudizielle Bedeutung zukommen.

Es fragt sich jedoch weiter, ob nicht die Wohnsteuerpflicht der Friedrichstaler Laboranten, obwohl sie im Gemeindebezirk Baiersbronn wohnen und obwohl daher ihre Wohnsteuer nach dem Gesetz an die Gemeinde Baiersbronn zu entrichten wäre, durch Vertrag oder Herkommen, speziell durch den ein bisheriges Herkommen bestätigenden § 4 des Munizipalvertrags vom 24. Juli 1837, in Abweichung von dem Gesetz für eine andere Gemeinde, für die Stadtgemeinde Freudenstadt, begründet werden konnte und

noch heute entgegen dem Gesetz von 1885 begründet werden kann. Auch dies muß jedenfalls für das heutige Recht verneint werden.

Nach § 4 des Vertrags von 1837 hat die Gemeinde Baiersbronn (wie schon bisher) auf die ihr schon nach dem damaligen Recht (Art. 12 des revidierten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 Reg.-Bl. S. 509) gegen die in Friedrichstal, Gemeindebezirks Baiersbronn, wohnenden, nach Freudenstadt bürgerlichen Laboranten zustehende Wohnsteuer verzichtet und sich damit einverstanden erklärt, daß diese Laboranten die volle Bürgersteuer zur Stadtgemeinde Freudenstadt, also wie wenn sie aktive Bürger mit festem Wohnsitz im Gemeindebezirk Freudenstadt wären (Art. 63 des Gesetzes von 1833), und nicht bloß als nicht im Gemeindebezirk wohnende Bürger die halbe Bürgersteuer als Rekognitionsgebühr (Art. 65 daselbst) zu bezahlen haben, wie sie schon bisher (vergl. § 7 des Vertrags vom 14. Juli 1829) diese Bürgersteuer nach Freudenstadt entrichtet haben. Ein solcher für die Zukunft ausgesprochener Verzicht auf eine gesetzlich begründete Steuer gegenüber einem Teil der steuerpflichtigen Gemeindeeingesessenen widerspricht aber dem das jetzige Steuerrecht beherrschenden Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung, und müßte im Gesetze selbst für zulässig erklärt sein. Letzteres trifft für den Art. 55 des Gesetzes von 1885 nicht zu, wonach die Wohnsteuer, wenn die Gemeinde von ihrer Befugnis, diese Steuer zu erheben, Gebrauch macht, von allen im Gemeindebezirk wohnenden Personen gleichmäßig erhoben werden muß, somit ein Freilassen einzelner Steuerpflichtiger oder einer ganzen Gruppe von solchen nicht gestattet ist. Die Bezugnahme der Beklagten darauf, daß die Gemeinden auch sonst einzelnen Steuerpflichtigen z. B. industriellen Anwesen auf Jahre hinaus völlige Steuerfreiheit zusichern, geht vollkommen fehl, weil solche Zusicherungen der übrigens nur zeitlichen Befreiung von den Gemeindeumlagen auf Grundeigentum, Gebäude und Gewerbe in den Gesetzen ausdrücklich, unter Verbot sonstiger

Befreiungen, zugelassen sind (Art. 20 des Neusteuerbarkeitsgesetzes vom 18. Juni 1849 Reg.-Blatt S. 207, Art. 4 des Gemeindesteuergesetzes vom 23. Juli 1877, Reg.-Blatt S. 198 und jetzt Art. 7 des Gemeindesteuergesetzes vom 8. August 1903, Reg.-Blatt S. 397 vergl. mit Art. 3 Abs. 1 des Staatssteuergesetzes vom 28. April 1873 Reg.-Blatt S. 127). Es wird also hiedurch nur bestätigt, daß abgesehen von besonderer gesetzlicher Ermächtigung solche Steuerbefreiungen und Steuerverzichte unzulässig sind.

Die Beklagten wollen nun zwar geltend machen, daß es sich nicht um einen reinen Verzicht auf das Wohnsteuerrecht handle, sondern daß die Gemeinde Baiersbronn das ihr gegen die Friedrichstaler Bewohner zustehende Besteuerungsrecht auf die Stadtgemeinde Freudenstadt übertragen habe und letztere Gemeinde die Wohnsteuer nur als ein abgeleitetes Recht, im Namen der Gemeinde Baiersbronn, ausübe. Dies ist jedoch tatsächlich nicht richtig und wäre auch unerheblich. Nach dem § 4 des Vertrags von 1837 hat die Gemeinde ihr Wohnsteuerrecht nicht auf die Stadtgemeinde Freudenstadt übertragen und sollte die Stadtgemeinde Freudenstadt von den Friedrichstaler Laboranten nicht die von diesen an die Gemeinde Baiersbronn geschuldete Wohnsteuer einziehen. Vielmehr soll die der Gemeinde Baiersbronn gegen die nicht in Baiersbronn bürgerlichen, aber im Gemeindebezirk Baiersbronn wohnenden Friedrichstaler Laboranten zustehende Wohnsteuer (des Art. 12 des Gesetzes vom 4. Dez. 1833) nicht erhoben werden und soll dafür die Stadtgemeinde Freudenstadt die ihr gegen aktive Bürger von Freudenstadt zustehende volle Bürgersteuer (des Art. 63 des Gesetzes von 1833) von den in Friedrichstal wohnenden, in Freudenstadt bürgerlichen Laboranten, gleichwie von anderen Freudenstädter Bürgern, erheben. Nicht ein abgeleitetes, sondern ein eigenes, nach damaligem Gesetz auch innerlich verschiedenes Besteuerungsrecht soll sonach die Stadtgemeinde Freudenstadt ausüben, wie sie dieses Recht schon vorher ohne Vertrag mit der Gemeinde Baiersbronn als eigenes Recht ausgeübt hat,

während die Gemeinde Baiersbronn auf das ihr zustehende Besteuerungsrecht verzichtet hat. Und wenn auch nach jetzigem Recht, nach dem Gemeindeangehörigkeitsgesetz von 1885, die bisherige Bürgersteuer in die allgemeine Wohnsteuer aufgegangen ist und nur noch die Wohnsteuer von den bürgerlichen und nichtbürgerlichen Gemeindeeingesessenen gleichermaßen erhoben wird, so ist doch daran nichts geändert, daß die Stadtgemeinde Freudenstadt zufolge des § 4 des Vertrags von 1837 die Wohnsteuer von den in Friedrichstal wohnenden, in Freudenstadt bürgerlichen Laboranten als eigenes Recht, wie von den Bürgern und Einwohnern Freudenstadts erhebt, während die Gemeinde Baiersbronn nach wie vor auf das ihr zustehende Wohnsteuerrecht gegen jene Laboranten verzichtet hat. Dies zeigt sich schon darin, daß die Frage, ob und in welcher Höhe die Stadtgemeinde Freudenstadt von den Friedrichstaler Laboranten die Wohnsteuer erhebt, sich nicht nach der im Gemeindebezirk Baiersbronn erhobenen Wohnsteuer richtet, sondern danach, welche Wohnsteuer Freudenstadt auch sonst von ihren Bezirkseingesessenen zu erheben beabsichtigt. Ob diese Wohnsteuern in beiden Gemeinden gegenwärtig gleich hohe sind, ist rechtlich unerheblich. Die Unzulässigkeit jenes Verzichts nach dem heutigen Recht bleibt somit bestehen. Zudem würde hiedurch ein Teil der Einwohner der Gemeinde Baiersbronn dem Besteuerungsrecht einer anderen Gemeinde unterworfen, was jedenfalls nach heutigem Recht unzulässig ist, nachdem durch das Gesetz vom 23. Juli 1877, Reg.-Bl. S. 195, unter Aufhebung aller gegenteiligen Verträge und Herkommen die Einheit der Markungs- und Steuergrenze strenge durchgeführt ist.

Hieraus ergibt sich, daß die Vertragsbestimmung des § 4 des Munizipalvertrags von 1837 und das darin angeblich bestätigte alte Herkommen vor dem heutigen Recht keinen Bestand haben kann, wie denn auch der Art. 62 des Gesetzes von 1885 alle den Bestimmungen dieses Gesetzes, somit auch des Art. 55 entgegenstehenden Vorschriften außer Geltung gesetzt hat.

Urteil v. 30. Mai 1906 in der Ver.-S. des A. Kl. von Friedrichstal und Gen. u. der Stadtgemeinde Freudenstadt als Nebenintervenientin, gegen die Gemeinde Baiersbronn.

18.

Eine Zwangsenteignung in der Beschränkung auf den reell abgegrenzten Teil eines Gebäudes ist unzulässig.

Aus den Gründen:

Die Zwangsenteignung bezweckt in Ansehung des enteigneten Gegenstands die Beseitigung des Eigentums des von der Zwangsenteignung Betroffenen und die Begründung von Eigentum für den Unternehmer. Bei einer Durchführung der angefochtenen Entscheidung würde daher das in Frage stehende Gebäude zunächst in das gemeinsame Eigentum der Stadtgemeinde St. und des Schmiedmeisters Sch. in der Weise kommen, daß die Eigentumsanteile real abgegrenzt wären und die genehmigte Baulinie dabei die Grenzlinie bilden würde. Eine derartige Gemeinsamkeit des Eigentums an einem Gebäude ist jedoch nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zulässig. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören nach § 94 Abs. 2 BGB. die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen und diese wesentlichen Bestandteile können nach § 93 a. a. O. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, wie sie es infolge der angefochtenen Entscheidung werden müßten. An diesen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs kann auch durch abweichende Vereinbarungen der Beteiligten nichts geändert werden, denn der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt für das Sachenrecht nur insoweit, als er im Gesetz anerkannt ist. Zudem würde durch die Einwilligung des Sch. in den Abbruch des ganzen Gebäudes seitens der Stadt der in der gesetzwidrigen Form des Eigentums liegende Mangel nicht beseitigt. Unter diesen Umständen kann die Zwangsenteignung im vorliegenden Falle einwandfrei nur so geschehen,

daß sie das ganze Gebäude nebst dem dazu gehörigen Trauf- und Giebelrecht umfaßt und am ganzen Gebäude Eigentum für die Stadtgemeinde St. begründet wird. Die Verwertung der zur Erbreiterung der Straße nicht erforderlichen Grundfläche bleibt dann nach der Beseitigung des ganzen Gebäudes der Stadt St. überlassen. Hiemit ist auch der Vorschrift in Art. 11 Abs. 5 des Zwangsenteignungs-Gesetzes entsprochen.

Urteil vom 23. Juli 1906 in der Beschwerdes. der Stadtgemd. St. 2c.

19.

Die Rechtsbeschwerde setzt eine beschwerende Entscheidung voraus, sie ist daher nicht statthaft gegen einen Entscheidungsgrund, der eine Beschwerung zur Folge haben kann.

Die Gründe eines Urteils besagen:

I. Die katholische Kirchenpflege R. Oberamts U., gesetzlich vertreten durch den Kirchenstiftungsrat daselbst, wurde vom K. Kameralamt U. für das Steuerjahr 1905 mit dem Betrage von 633 Mk. zur Kapitalsteuer herangezogen; für steuerpflichtig wurden erklärt:

1. Die zum Kapital geschlagenen Zinsen des Neubaufonds der Kirche mit . . . . 4 Mk.,
2. die Zinsen aus den Jahrtagsstiftungen mit 621 Mk.,
3. die Zinsen aus Schulstiftungen mit . 8 Mk.

Auf erhobene Beschwerde hat das K. Steuerkollegium mit Entscheidung vom 29. Mai 1906 den letztangeführten Betrag von 8 Mk. für steuerfrei erklärt, im übrigen aber die Beschwerde abgewiesen. Der weiteren Beschwerde hat das K. Finanzministerium mit der Entscheidung vom 25. Juli 1906 stattgegeben und die beschwerende Entscheidung des Steuerkollegiums außer Wirkung gesetzt. In den Gründen ist ausgeführt: Die Kapitalzinse der in der Verwaltung der Kirchenpflege stehenden Jahrtagsstiftungen werden aus-

schließlich für gottesdienstliche Zwecke verwendet und bleiben daher nach Art. 6 Ziff. 8 des Kapitalsteuergesetzes vom 8. August 1903 von der Kapitalsteuer frei; der weitere Anspruch der Kirchenpflege, die Zinsen aus dem Neubaufonds der Kirche für kapitalsteuerfrei zu erklären, sei nicht begründet, weil sie nicht für gottesdienstliche Zwecke ausgegeben worden seien, sondern in dem jährlich anfallenden Betrag zu dem Kapitalfonds geschlagen werden; im vorliegenden Falle sei jedoch für den fraglichen Betrag von einem Kapitalsteueransatz nach Art. 20 Abs. 2 des Kapitalsteuergesetzes, wonach aus Beträgen unter 10 Mk. eine Steuer nicht berechnet werde, abzusehen. Gegen diese am 12. August 1906 zugestellte Ministerialentscheidung hat die Kirchenpflege am 22. August die Rechtsbeschwerde an den K. Verwaltungsgerichtshof eingereicht und beantragt, die Entscheidung des Finanzministeriums bezüglich der Zinsen des Kirchen-Neubaufonds aufzuheben und diese Erträgnisse wegen ihrer wirklichen und unmittelbaren Verwendung zu einem gottesdienstlichen Zweck für steuerfrei zu erklären.

II. Der Beschwerde kann eine Folge nicht gegeben werden. Gemäß Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, der nach Art. 64 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes und Art. 19 Abs. 3 des Kapitalsteuergesetzes auch auf Kapitalsteuersachen Anwendung findet, setzt die Rechtsbeschwerde den Nachweis voraus, daß der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet ist. Diese Voraussetzung trifft für den vorliegenden Fall nicht zu, da das Finanzministerium bezüglich der Erträgnisse des Kirchen-Neubaufonds für das Steuerjahr 1905, um die es sich im gegenwärtigen Falle ausschließlich handelt, die Kapitalsteuerfreiheit ausgesprochen hat. Daß diese Entscheidung aus einem anderen, als dem von der Beschwerdeführerin gewünschten und für richtig erachteten Grunde erfolgt ist, gibt letzterer keine Berechtigung zur Erhebung der Rechtsbeschwerde; diese ist

nur statthaft gegen unrichtige und beschwerende Entscheidungen, nicht aber gegen unrichtige Entscheidungsgründe, die in der Folge zu einer Beschwerung führen können. Erst wenn eine solche Beschwerung in den Anordnungen der Steuerbehörden hervorgetreten ist, kann sie mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden (vergl. Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 98).

Urteil v. 10. Oktbr. 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der kath. Kirchenpflege R.

20.

Die Beweislast bei der Feststellung des einkommensteuerpflichtigen Einkommens.

Aus den Gründen:

Wenn auch dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Beweislast und eine Verteilung der Beweislast in dem strengen Sinne des Civilprozesses unbekannt ist, so entspricht es doch einem natürlichen Rechtsgrundsatz, daß eine von den Steuerbehörden in Anspruch genommene und von dem angeblichen Steuerpflichtigen bestrittene Steuerpflicht zu Gunsten der Steuerbehörden nur dann als vorhanden anerkannt werden kann, wenn mit den vom Gesetz zugelassenen Hilfsmitteln der Nachweis erbracht ist, daß die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Steuerpflicht zutreffen. Kann dieser Beweis nicht oder nicht vollständig erbracht werden, so ist der von den Steuerbehörden geltend gemachte Anspruch abzuweisen. Mit Rücksicht hierauf kann gesagt werden, daß die Beweislast der Steuerbehörde obliegt, wie denn auch der Art. 6 EinkStGes. den Satz an die Spitze stellt, daß als steuerbares Einkommen das nach den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes zu bemessende gesamte Einkommen des Steuerpflichtigen in Geld und Geldeswert gilt; im Streitfall haben hiernach die Steuerbehörden nachzuweisen, daß das von ihnen als steuerbar in Anspruch genommene Einkommen nach gesetzlicher Vorschrift in dem behaupteten Um-

fang der Steuer unterliegt (vergl. Göz, Einkommensteuergesetz S. 76 u. 77; Hegelmaier in Boschers Zeitschrift, Jahrgang 1906 S. 214 ff.). Unbeschadet der gesetzlichen Sonderbestimmungen (vergl. Art. 61 Abs. 3 und Art. 62 Abs. 2 EinkStGes.) findet dieser natürliche Rechtsgrundsatz nicht nur im erstinstanzlichen Einschätzungsverfahren, sondern auch im Beschwerdeverfahren Anwendung; das Gesetz gibt keinen Anhalt zu der unnatürlichen Annahme, daß sich die Beweislast in der Beschwerdeinstanz verschiebe, daß es hier Sache des Beschwerdeführers sei, die Unrichtigkeit der Einschätzung nachzuweisen.

Urteil v. 10. Oktober 1906 in der Rechtsbeschwerdes. des K. Kr. in F.

21.

Unter welchen Voraussetzungen können Steuererklärungen vom Steuerpflichtigen angefochten werden?

Ueber diese Frage ist in den Gründen eines Urteils ausgeführt:

Der Beschwerdeführer hat mit der Steuererklärung vom 15. April 1905 sein steuerbares Jahreseinkommen unter der Versicherung, daß seine Angaben wahrheitsgetreu gemacht seien, auf 12345 Mk. angegeben; er hat sodann am 3. Mai 1905 unterschriftlich vor der Steuerbehörde ein steuerbares Jahreseinkommen von 12793 Mk. anerkannt. Nach dem Zweck und der Bedeutung, die den Steuererklärungen gemäß Art. 44—46 des Einkommensteuergesetzes zukommt, sind die Steuerbehörden berechtigt, die bestimmte ordnungsmäßige und vollständige Steuererklärung des Beschwerdeführers insolange zur Grundlage der steuerlichen Einschätzung zu nehmen, als nicht der Nachweis erbracht ist, daß die Angaben der Steuererklärung unrichtig sind und auf Irrtum beruhen. Dieser Nachweis ist im vorliegenden Falle nicht erbracht. Wie im einzelnen in der angefochtenen Entscheidung zutreffend dargetan ist, hat sich die Buchführung des

Beschwerdeführers als so wenig zuverlässig herausgestellt, daß ihr ein Gegenbeweis gegen die Angaben der Steuererklärung nicht entnommen werden kann. Die Angaben aber, die der Beschwerdeführer zur Widerlegung des Inhalts seiner Steuererklärung über seine Einkommensverhältnisse für das Steuerjahr 1905 gemacht hat, haben mehrfach ganz erheblich gewechselt, so daß sie schon aus diesem Grunde wenig glaubwürdig erscheinen; zudem sind sie so wenig vollständig und innerlich zusammenhängend, daß aus ihnen mit irgend welcher Sicherheit ein bestimmtes ziffermäßiges der Einkommensteuer unterworfenes Jahreseinkommen nicht gefolgert werden kann. Damit sind sie auch nicht geeignet, an die Stelle der Angaben der Steuererklärung zu treten, zumal da der Beschwerdeführer in keiner Weise glaubhaft zu machen gewußt hat, daß er durch falsche Voraussetzungen zu der zweimaligen irrtümlichen Berechnung seines Jahreseinkommens gegenüber der Steuerbehörde gekommen ist.

Urteil vom 10. Oktober 1906 in der Rechtsbeschwerdes. des Kaufmanns A. W. in R.

22.

Zum Begriff des Wohnsitzes im Sinne des Gemeindesteuergesetzes.

Aus den Gründen:

Der Begriff des Wohnsitzes im Sinne des Art. 28 des Gemeindesteuergesetzes ist derselbe wie im § 1 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung und im Art. 1 Abs. 3 des württ. Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903. Hiernach hat der Gemeindesteuerpflichtige einen Wohnsitz an dem Orte, an dem er eine Wohnung unter Umständen inne hat, welche auf die Absicht der dauernden Beibehaltung einer solchen schließen lassen (vergl. Vollzugs-Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 22. September 1904 § 34 Ziff. 2, Rgbl. S. 263). Zu den objektiven Erfordernissen einer der-

artigen Wohnung gehört nach der übereinstimmenden Annahme der Theorie und Praxis, daß zum dauernden Aufenthalte Wohnräume eingerichtet sind, welche dem Steuerpflichtigen für sich und seinen Haushalt standesgemäße Unterkunft gewähren. Der bloße Besitz eines Hauses, die bloße Möglichkeit, solche Räume zu beschaffen und einzurichten, genügt nicht, auch ein bloßes Absteigequartier ist nicht ausreichend (vergl. Göz, Einkommensteuergesetz S. 26 ff. und die daselbst S. 26 Note 2 angeführten Entscheidungen). Nun behauptet die Beschwerdeführerin, auf dem Rittergut H . . . . stehe ihr und ihrer Tochter, seitdem das Hauptwohn- und Oekonomiegebäude im Jahre 1899 abgebrannt sei, im ersten Stock des Schafhausgebäudes eine Wohnung zur Verfügung, die aus einem Wohnzimmer, einem Nebenzimmer und einer Küche, sowie einem großen Raum auf der Bühne für zwei Dienstboten bestehe. Die Beschwerdeführerin muß aber selbst zugeben, daß diese Räume mit Möbeln u. s. w. bis jetzt nicht ausgestattet sind, und daß eine derartige dauernde Ausstattung der Räume bei der isolierten Lage des sonst nicht bewohnten Gebäudes nicht unbedenklich ist. Hiernach fehlt zur Annahme einer Wohnung im steuergesetzlichen Sinne ein wesentliches Merkmal; schon aus diesem Grunde ist in Uebereinstimmung mit der angefochtenen Entscheidung der von der Beschwerdeführerin unterstellte Wohnsitz auf dem Rittergut H . . . und damit auch das anteilige Besteuerungsrecht der Gesamtgemeinde D . . . zu verneinen. Die weitere Frage, ob die fragliche Wohnung der Freifrau M. v. O. und deren Tochter A . . . standesgemäße Unterkunft gewähren könnte, bedarf bei dieser Sachlage keiner weiteren Erörterung.

Urteil vom 10. Oktober 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Freifr. M. v. O.

23.

Was ist unter „Kapitalschulden" im Sinne des Art. 16 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes zu verstehen?

In der Begründung eines Urteils ist ausgeführt:

Die geschäftlichen Ueberschüsse einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind gemäß Art. 16 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes nur insoweit steuerpflichtig, als sie zu einem im Gesetze bezeichneten Zwecke Verwendung gefunden haben. In dem Voraus kann nach dem Ausgeführten nicht die Zuweisung eines Gewinnanteils gefunden werden; seine Entrichtung enthält unzweifelhaft auch nicht eine Tilgung von Grundkapital, eine Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts, die Bildung eines Reservefonds; es kann daher nur in Frage kommen, ob sie nicht die „Tilgung einer Kapitalschuld" im Sinne des angeführten Art. 16 Abs. 1 in sich schließt.

Nach § 16 Abs. 1 des preußischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891, dem der Art. 16 Abs. 1 des württemb. Einkommensteuergesetzes nachgebildet ist, wird die Steuerpflicht unter anderem begründet durch die Verwendung geschäftlicher Ueberschüsse „zur Tilgung der Schulden". Dieser Fassung schloß sich auch der erste und der zweite Entwurf des württemb. Gesetzes an; seine jetzige Fassung in diesem Punkte hat das Gesetz durch zusammenwirkende Beschlüsse der Zweiten und der Ersten Kammer erhalten. Die Steuerkommission der Zweiten Kammer schlug in ihrem Bericht vom 19. Juni 1902 zu Art. 9 Ziff. II, 1, wo Ausgaben zur Abtragung von Schulden für nicht abzugsfähig erklärt sind, vor, das Wort „Schulden" zu ersetzen durch „Kapitalschulden", da die Bestimmung der Ziff. 1 nur die Kapitalabtragungen (Amortisationsquoten) von der Abzugsfähigkeit ausschließen wolle, während Zinsschulden nach Nr. I Ziff. 3 abzugsfähig seien. Nachdem die Kammer der Abgeordneten dem Kommissionsvorschlag zu

Art. 9 Ziff. II, 1 beigetreten war, befürwortete die Steuerkommission der Kammer der Standesherren in ihrem Bericht vom 25. November 1902 ebenfalls den Beitritt und beantragte in Konsequenz dieser Aenderung bei Art. 16 Abs. 1 statt der Worte „Tilgung der Schulden“ zu setzen „Tilgung der Kapitalschulden“. In dieser Beziehung findet sich im Kommissionsbericht zu Art. 9 Ziff. II, 1 folgende Bemerkung: „Unter Nr. II hat das andere Haus in der Ziff. 1 redaktionell das Wort „Schulden“ in das Wort „Kapitalschulden“ (wozu auch die Amortisationsbeträge einer Annuitätenschuld selbstverständlich gehören), abgeändert, wogegen nichts zu erinnern ist. Nur ist alsdann diese Aenderung auch in einigen nachfolgenden Artikeln vorzunehmen“. Die Anträge der Kommission wurden zunächst in der Ersten und des weiteren auch in der Zweiten Kammer gutgeheißen.

Demgemäß hat die Steuerbehörde bei Geltendmachung der von ihr beanspruchten, von der Beschwerdeführerin bestrittenen Steuerpflicht der bezahlten Vorausbeträge den Nachweis zu erbringen, daß mit ihrer Zahlung eine Kapitalschuld der Gesellschaft getilgt worden ist. Was unter Kapitalschuld zu verstehen ist, sagt das Einkommensteuergesetz nicht, auch den landständischen Verhandlungen sind sichere Anhaltspunkte zur Begrenzung dieses Begriffs nicht zu entnehmen; die Auslegung dieses Wortes ist daher auf die Berücksichtigung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs angewiesen. Das Nächstliegende ist, unter den Kapitalschulden einer juristischen Person im Gegensatz zu dem im Gesetz hervorgehobenen Grundkapital die regelmäßig verzinslichen Obligationenschulden (Darlehensschulden) zu verstehen; wenn man aber auch dem Begriff eine weitere Ausdehnung gibt, so kann man doch nicht dazu kommen, eine Schuld, wie die in Frage stehende Vorausschuld, die ihren Grund nicht in einer Kapitalhingabe hat, sondern aus einem Kaufvertrag hervorgegangen ist, der die Verzinslichkeit abgeht, der die feste Bestimmung in einer Geldsumme, einem Kapital, so sehr mangelt, daß erst das im voraus nicht berechenbare mit mancherlei Risiko

verknüpfte Ergebnis eines jahrelangen Fabrikbetriebs darüber Aufschluß gibt, ob sie überhaupt zur Entstehung gelangt und zutreffendenfalls in welchem Umfange, unter die Kapitalschulden zu rechnen ꝛc.

Urteil vom 17. Oktober 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Firma Chr. L. u. S. ꝛc. in F.

24.

Wie sind die Entscheidungen der Aufsichtsbehörden in Krankenversicherungsstreitigkeiten zuzustellen?

Die Gründe eines Urteils geben nachstehende Antwort:

Die Klagefrist des § 58 des Krankenversicherungsgesetzes ist mit der am 22. August 1905 eingereichten Klage nicht eingehalten, wenn die Zustellung der Entscheidung des K. Oberamts B. an den Kläger am 7. Juli 1905 rechtswirksam erfolgt ist. Diese Zustellung ist im Anschluß an die Bestimmungen der Civilprozeßordnung als Postzustellung und zwar als Ersatzzustellung vorgenommen und es ist hiebei die Ausfertigung der zuzustellenden Entscheidung dem Gehilfen des auf Urlaub abwesenden Bezirksnotars M. am 7. Juli 1905 übergeben worden, während M. selbst diese Ausfertigung, wie nicht zu bezweifeln ist, erst bei seiner Rückkehr am 4. August 1905 erhalten und dies in seiner Eingabe an das Kgl. Oberamt vom gleichen Tage bestätigt hat. Die Zustellung der fraglichen Entscheidung der Aufsichtsbehörde hatte aber zu erfolgen nach den hiefür in der Württ. Vollzugsverfügung vom 2. November 1892 (Reg.Blatt S. 502) für das Krankenversicherungsgesetz in § 64 gegebenen Bestimmungen, die als besondere Regelung des Verfahrens die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Civilprozeßordnung insoweit ausschließen. Nach diesen Bestimmungen war gegen Empfangsbestätigung zuzustellen ꝛc. ꝛc.

Urt. vom 27. Juni 1906 in der Beruf.-S. des Bez.-Notars M. in O. gegen die Distriktskrankenkasse O.

III.

Abhandlung.

Die Verpflichtung zur Zahlung der Lebensversicherungsprämien bei den verschiedenen ehelichen Güterständen des BGB. im Verhältnis der Ehegatten zueinander.

Von Rechtsanwalt E. Natter in Stuttgart.

1. Die Frage, welcher der beiden Ehegatten im Verhältnis zum andern Ehegatten die Verpflichtung zur Zahlung der Lebensversicherungsprämien zu tragen hat, wird im Normalfall erst praktisch, wenn nach Beendigung der Ehe oder des Güterstands die Vermögensauseinandersetzung vorzunehmen ist. Die Beantwortung der Frage macht, bevor auf die einzelnen Güterstände eingegangen wird, eine Prüfung der Rechtsnatur des Lebensversicherungsvertrags erforderlich.

Der reine Versicherungsvertrag hat den Zweck, den Versicherten gegen Vermögensschädigungen, die ihm aus bestimmten Gefahren drohen, sicherzustellen. Die Sicherstellung erfolgt in der Weise, daß dem Versicherten im Fall des Eintritts der Schädigung ein Ersatzanspruch gegen den Versicherer erwächst, durch dessen Realisierung die erlittene Vermögenseinbuße ausgeglichen wird. Als Gegenleistung für die von dem Versicherer übernommene Gefahr übernimmt der Versicherungsnehmer die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Leistungen in Geld [1]), der Versicherungsprämien. Aus dem Zweck dieses reinen Versicherungsver-

[1]) Von der Versicherung auf Gegenseitigkeit ist hier abzusehen.

trags folgt, daß die Maximalgrenze der Ersatzpflicht des Versicherers durch die objektive Höhe des entstandenen Schadens bestimmt wird; mehr als Ersatz des durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses entstandenen Schadens kann der Versicherte nicht verlangen. Die Versicherung ist „Schadensversicherung". Die Versicherungsprämien erscheinen als Aufwendungen, um den Wert der versicherten Güter dem Vermögen des Versicherten zu erhalten.

Wesentlich anders geartet ist die Lebensversicherung. Das Ereignis, an dessen Eintritt die Verpflichtung des Versicherers zur Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten geknüpft ist, ist zwar auch in der Regel ein solches, das ein erhöhtes Geldbedürfnis in der Person der Angehörigen des Versicherungsnehmers, denen die Versicherungssumme zufallen soll, hervorruft. Denn mit dem Tod des Versicherungsnehmers hört auch die Ausnutzung seiner Arbeitskraft, durch welche die Mittel zur Sustentation der Angehörigen beschafft wurden, auf; dazu veranlaßt der Tod noch besondere Aufwendungen (vor allem die Beerdigungskosten). Aber die Auszahlung der Versicherungssumme ist weder dadurch bedingt, daß eine Vermögenseinbuße durch den Tod hervorgerufen wird, noch viel weniger durch die Höhe einer entstandenen Vermögenseinbuße begrenzt. —

Das Zweckmoment, welches das Wesen des reinen Versicherungsvertrags bestimmt, nämlich die Zuführung eines Ersatzwertes in das von dem Schaden betroffene Vermögen, fehlt dem Lebensversicherungsvertrag.

Doch enthält auch die Lebensversicherung einen dem Zweckmoment des reinen Versicherungsvertrags verwandten Gedanken. Der Versicherungsnehmer will durch Abschluß des Versicherungsvertrags für seine Hinterbliebenen, speziell für den durch den Vertrag begünstigten Dritten Fürsorge treffen auch für den Fall, daß er durch vorzeitigen Tod außer Stand gesetzt sein sollte, ein bestimmtes Vermögen zu erwerben [1]). Gegen diese Gefahr vorzeitigen Todes und die

[1]) S. Ehrenberg in Iherings Jhrb. Bd. 41, 342.

von ihr drohende Verkümmerung der wirtſchaftlichen Exiſtenz ſollen die Hinterbliebenen durch den Lebensverſicherungsvertrag ſichergeſtellt und ſoll in der Lebensverſicherungsſumme ein Kapital beſchafft werden, das den Hinterbliebenen zum ſtandesgemäßen Lebensunterhalt dienen ſoll.

Dieſe Gefahr vorzeitigen Todes iſt aber nichts weiter als ein häufiges Motiv, das zum Abſchluß des Lebensverſicherungsvertrags beſtimmt. Denn die Verſicherungsſumme wird ja auch dann ausbezahlt, wenn der vorzeitige Tod des Verſicherungsnehmers nicht eintrat, dieſer vielmehr durch ein langes Leben in erfolgreicher Ausnutzung ſeiner Arbeitskraft imſtande geſetzt wurde, Vermögen zu erwerben. Ja, in vielen Fällen iſt die Gefahr vorzeitigen Todes nicht einmal ein Motiv für den Abſchluß des Lebensverſicherungsvertrags, nämlich dann, wenn der Verſicherungsnehmer ein ſo großes Vermögen hat, daß die Hinterbliebenen durch ſeinen vorzeitigen Tod in ihrer wirtſchaftlichen Exiſtenz gar nicht gefährdet werden. Wenn trotzdem die Lebensverſicherung unter den Aſſekuranzbegriff, wenn auch mit der Modifikation ſubſumiert wird, daß ſie zugleich ein Sparelement enthalte[1]), ſo iſt dies doch nur richtig, wenn der Aſſekuranzbegriff in einem weſentlich anderen Sinn als bei der Güterverſicherung gefaßt wird. Der Verſicherungsnehmer bezweckt durch den Abſchluß des Lebensverſicherungsvertrags, daß auf ſeinen Tod unter allen Umſtänden die Verſicherungsſumme ſeinen Erben bezw. dem Begünſtigten zufalle, gleichgültig in welcher Höhe Prämien gezahlt worden ſein mögen. Durch keinen anderen Vertrag vermag er dies ſicherer zu erreichen als eben durch den Lebensverſicherungsvertrag. Würde er die Prämien als Darlehen bei einer Sparkaſſe anlegen, ſo würde die Abſicht, daß ein beſtimmtes Kapital nach ſeinem Tod für ſeine Hinterbliebenen flüſſig werde, aus einem doppelten Grunde eine unſicherere Ausſicht auf Verwirklichung haben: einmal weil er nicht

[1]) S. vor allem Ehrenberg l. c. S. 343.

weiß, wie lange er leben wird, wie oft er also instand gesetzt wird, die Sparbeträge an die Darlehnskasse abzuführen, und dann auch, weil gerade die Eingehung der Lebensversicherung ein wirksames Motiv erzeugt, die Sparbeträge in Gestalt der Prämien an die Versicherungsgesellschaft abzuführen und durch deren stete Weiterzahlung den Verfall der Versicherung zu verhindern. Der Lebensversicherungsvertrag ist im strikten Gegensatz zum Güterversicherungsvertrag auf Vermögensvermehrung, nicht auf Vermögenserhaltung gerichtet. Die Lebensversicherungsprämien sind nicht das Mittel, um das Vermögen gegen drohende Schäden sicherzustellen und in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten, sie sind vielmehr das Mittel, um einen Vermögenszuwachs, der auch in anderer Weise (z. B. durch verzinsliche Kapitalanlage) wenn auch weniger sicher erreicht werden könnte, in möglichst sicherer Weise herbeizuführen.

2. Bei dem gesetzlichen Güterstand des BGB. erwirbt der Mann die Nutzungen des eingebrachten Guts der Frau und zwar in demselben Umfang wie ein Nießbraucher. § 1383. Wie der Nießbraucher eines Vermögens hat auch der Mann die nicht auf dem Stammwert des eingebrachten Gutes ruhenden Lasten zu tragen cf. §§ 1088 und 1385. 1386 BGB. Dies ist der die Einzelbestimmungen beherrschende Grundgedanke. „Frauengut wächst nach schwindet nicht". Das eingebrachte Gut der Frau soll vom Mann genutzt, aber in seinem wirtschaftlichen Bestand erhalten werden. Als die gesetzgeberische Gestaltung dieses Grundsatzes sind die Bestimmungen der §§ 1385. 1386 aufzufassen. Hienach hat der Mann insbesondere auch die Zahlungen, welche für die Versicherung der zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstände zu leisten sind, der Frau gegenüber zu tragen § 1385 Ziff. 3; denn diese Zahlungen dienen der Erhaltung des in diesen Gegenständen liegenden Vermögenswertes. Ebenso ist der Mann verpflichtet, die Zinsen derjenigen Schulden der Frau zu zahlen, deren Berichtigung

aus dem eingebrachten Gut verlangt werden kann, alſo insbeſondere alle Zinſen der vorehelichen Schulden der Frau, mögen die Nutzungen des eingebrachten Gutes zu deren Tilgung ausreichen oder nicht. Dasſelbe ſoll gelten von „wiederkehrenden Leiſtungen anderer Art, ſofern ſie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens beſtritten werden.“ § 1386 Abſ. 1 S. 2. Die Frage iſt nun, ob hierunter auch die Verpflichtung zur Zahlung der Lebensverſicherungsprämien fällt, die aus einem Lebensverſicherungsvertrag der Frau geſchuldet werden. Die Frage kann nur aufgeworfen werden bezüglich ſolcher von der Frau abgeſchloſſener Lebensverſicherungsverträge, die eine dem Mann gegenüber in Anſehung des eingebrachten Guts wirkſame Verbindlichkeit erzeugen (arg. § 1386 Abſ. 1 S. 1), alſo nur dann, wenn der Verſicherungsvertrag von der Frau vor Eingehung der Ehe oder nach Eingehung der Ehe mit Zuſtimmung des Mannes abgeſchloſſen wurde.

Es iſt klar, daß der Begriff der „wiederkehrenden Leiſtungen“ im Sinn des § 1386 Abſ. 1 S. 2 nicht rein wörtlich verſtanden werden darf, vielmehr der Einſchränkung bedarf. Es iſt zweifellos, daß z. B. Ratenzahlungen, durch welche eine Kaufpreisſchuld der Frau getilgt wird, keine wiederkehrende Leiſtungen im Sinn des § 1386 ſind. Auch der Zuſatz: „ſofern ſie bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens beſtritten werden“, führt zu keiner rechten Abgrenzung. Denn jede ordnungsmäßige Wirtſchaft muß darnach ſtreben, zur Deckung irgend welcher Schulden in erſter Linie die Einkünfte zu verwenden und zu verſuchen, eine Tilgung der Schulden zu bewirken, ohne den Grundſtock des Vermögens anzugreifen.

So kann es unter Umſtänden durchaus einer ordnungsmäßigen Wirtſchaft entſprechen, je nach der Höhe der Einkünfte und der Größe des in Raten zu zahlenden Kaufpreiſes die Kaufpreisraten aus den Einkünften zu beſtreiten. Trotzdem iſt kein Zweifel, daß der Mann von der

Frau Ersatz verlangen kann, wenn er die in Raten zu zahlende Kaufpreisschuld der Frau aus den ihm zufließenden Nutzungen des eingebrachten Gutes tilgt. Der Begriff der wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, kann nur aus dem gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift des § 1386 bestimmt werden. Der Zweck der Bestimmung ist, das eingebrachte Gut der Frau unvermindert zu erhalten. Dieser Zweck würde unmöglich erreicht werden, wenn die Frau, welche die Nutzungen ihres eingebrachten Guts dem Mann überlassen muß, dem Mann gegenüber verpflichtet wäre, solche Lasten und Verbindlichkeiten zu tragen, die nicht auf den Stammwert ihres eingebrachten Guts gelegt sind (§ 1385 Ziff. 1. u. 2) oder die sich lediglich als Erhaltungskosten darstellen (§§ 1384, 1385 Ziff. 3) oder die wirtschaftlich das Entgelt einer Kapitalsnutzung sind (Zinsschulden § 1388 Abs. 1 S. 2). Denn eben weil die Nutzungen des eingebrachten Guts dem Mann zufallen, müßte die Verpflichtung der Frau, die genannten Lasten und Verbindlichkeiten aus dem eingebrachten Gut zu decken, notwendig zur Aufzehrung des eingebrachten Gutes führen. Die „wiederkehrenden Leistungen anderer Art" im Sinn des § 1386 Abs. 1 S. 2 können nach dem unzweifelhaften Zweck dieser Bestimmung entsprechend den übrigen speziell genannten Lasten nur solche, sich mit dem Zeitablauf stets neu erzeugende Verbindlichkeiten der Frau betreffen, deren Tilgung, falls sie im Verhältnis der Gatten zu einander der Frau auferlegt würde, notwendig zu einer Verminderung des Grundstocks des eingebrachten Guts führen müßte, während die Tilgung bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den dem Mann zufallenden Einkünften, also ohne Verminderung des Vermögensgrundstocks bewirkt werden kann. Dies trifft insbesondere zu bezüglich der wiederkehrenden Leistungen, die in Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht der Frau zu bewirken sind; weiter sind zu nennen Leibrenten, Altenteils-

präſtationen (Miet- und Pachtzinſen aus Miet- und Pachtverträgen der Frau, die eine dem Mann gegenüber in Anſehung des eingebrachten Guts wirkſame Verbindlichkeit erzeugen). Wiederkehrende Leiſtungen im Sinn des § 1386 Abſ. 1 S. 2 ſind aber jedenfalls nicht ſolche in Erfüllung einer übernommenen Vertragsverpflichtung zu machende Leiſtungen, die nicht nur keine Verminderung des Grundſtocks des eingebrachten Guts herbeiführen, vielmehr auf einen Vermögensgewinn, eine Vermögensvermehrung abzielen. Dies trifft zu bezüglich der Lebensverſicherungsprämien. Die Verſicherungsſumme iſt die Gegenleiſtung des Verſicherers, welche durch Zahlung der Verſicherungsprämien für das Vermögen der Frau gewonnen wird. Wäre der Mann der Frau gegenüber verpflichtet, die Prämien aus einem von der Frau abgeſchloſſenen Lebensverſicherungsvertrag zu tragen, ſo würde dem Vermögen der Frau in der Lebensverſicherungsſumme auf Koſten des Mannes eine reine Vermögensbereicherung, eine Erhöhung des Grundſtocks ihres Vermögens zufließen. Der Mann iſt aber auf Grund ſeines Nutzungsrechts am eingebrachten Gut nur verpflichtet, das eingebrachte Gut in ſeinem wirtſchaftlichen Beſtand zu erhalten, keineswegs iſt er verpflichtet, die ihm zufallenden Nutzungen des eingebrachten Guts zur Vermehrung des Frauenvermögens aufzuwenden. Es enthält ſonach eine völlige Verkennung des Grundſatzes, deſſen geſetzgeberiſche Geſtaltung in §§ 1384—1387 BGB. zu erblicken iſt, wenn angenommen wird, der Mann ſei der Frau gegenüber zur Erfüllung eines von der Frau abgeſchloſſenen gegenſeitigen Vertrags verpflichtet, um durch Bewirkung der Frau dem Gläubiger gegenüber obliegenden Vertragsleiſtungen die Gegenleiſtung dem Vermögen der Frau zuzuführen.

Die Rechtslage iſt bei dem Lebensverſicherungsvertrag rückſichtlich der Anwendbarkeit des § 1386 Abſ. 1 S. 2 keine andere als wenn ſich die Frau durch ein dem Mann gegen-

über in Ansehung des eingebrachten Guts wirksames pactum de mutuo dando verpflichtet hätte, einem dritten in wiederkehrenden Leistungen Geldsummen als Darlehen auszuzahlen. Es ist kein Zweifel, daß der Mann niemals auf Grund des § 1386 Abs. 1 S. 2 *der Frau gegenüber* verpflichtet sein kann, die Darlehensbeträge zu zahlen, mögen sie auch noch so sehr im Verhältnis zu der Höhe der Einkünfte des eingebrachten Guts bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den Einkünften zu bestreiten sein. Denn durch die Hingabe der Darlehensbeträge gewinnt ja die Frau die *Forderung auf Rückzahlung der Darlehen*, so daß der Grundstock ihres Vermögens sich nicht verringert. Auch der Gesichtspunkt, daß die Zinsen der Darlehen als Nutzungen des eingebrachten Guts dem Mann zufallen, rechtfertigt in keiner Weise eine andere Beurteilung. Ebensowenig oder richtiger noch viel weniger kann der Mann der Frau gegenüber verpflichtet sein, die Lebensversicherungsprämien aus einem von der Frau abgeschlossenen Versicherungsvertrag zu zahlen; denn auch hier handelt es sich um eine Kapitalanlage der Frau, die ein entsprechendes zum Vermögen der Frau gehöriges Forderungsrecht erzeugt und die für den Mann aus dem Grund weniger günstig ist, *als jede andere Kapitalanlage*, da ihm die *Zinsen* der zu zahlenden Beträge bei der Lebensversicherung *verloren gehen*; diese Zinsen sind bei der Bemessung der Höhe der Lebensversicherungssumme *mit berücksichtigt*, fallen sonach wirtschaftlich mit der Lebensversicherungssumme *in das Vermögen der Frau*. Wären die Prämienbeträge nicht als Prämien in Erfüllung eines von der Frau abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrags, sondern als *Darlehen* in Erfüllung eines bezüglichen pactum de mutuo dando gezahlt worden, so würde der Mann die Zinsen der Darlehensforderung der Frau bezogen und trotzdem der Frau gegenüber unzweifelhaft *nicht* verpflichtet gewesen sein, die Darlehensposten zu zahlen, und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe der ihm zufließenden Nutzungen des eingebrachten Guts; noch viel weniger kann er

der Frau gegenüber verpflichtet sein, die Lebensversicherungsprämien auf einem von der Frau abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag zu zahlen, da auch aus dem Lebensversicherungsvertrag für die Frau eine Forderung erwächst, die wirtschaftlich das Aequivalent der gezahlten Prämien und der aus ihnen auflaufenden Zinsen bildet. Das in dem Lebensversicherungsvertrag liegende aleatorische Moment der Unsicherheit, ob bezw. wie oft Prämien gezahlt werden müssen, um die Versicherungssumme zu erlangen, ändert an der Beurteilung der vorliegenden Rechtsfrage nichts [1]).

Das Vorstehende gilt auch für den Fall, wenn vereinbart ist, daß die Versicherungssumme bei Erreichung eines bestimmten Lebensalters an die versicherte Ehefrau ausbezahlt werden soll (sog. Versicherung auf das Erleben). Auch hier widerspricht es durchaus dem Grundgedanken, auf dem § 1386 beruht, wenn der Mann der Frau gegenüber zur Zahlung der Prämien verpflichtet wäre, während doch der Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme ein Aktivum des eingebrachten Guts der Frau bildet, die Frau sonach durch die Prämienzahlungen des Mannes auf dessen Kosten bereichert würde.

Der Mann kann sonach nach Beendigung des Güterstands bei der Abrechnung über das eingebrachte Gut der Frau Ersatz der für die Frau bezahlten Lebens- oder Erlebensversicherungsprämien verlangen. Die Frau erhält die Versicherungssumme abzüglich der vom Mann bezahlten Prämien. Dieses Ergebnis ist ein durchaus sachgemäßes. Wer

[1]) Planck Komm. zu § 1386 Nr. 2 ist der Meinung, daß dem Mann der Frau gegenüber auf Grund des § 1386 Abs. 1 S. 2 die Lebensversicherungsprämien zur Last fallen, jedoch nur, wenn sie bei ordnungsmäßiger Verwaltung des konkreten (nicht eines) Vermögens aus den Einkünften bestritten zu werden pflegen. Nach diesem sehr unsicheren Kriterium wäre also auf die Höhe der Prämien einerseits der Einkünfte, andererseits abzustellen. Wie aber dann, wenn bei ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht Prämien in dieser konkreten Höhe, wohl aber in bestimmter niederer Höhe aus den Einkünften bestritten werden könnten, wäre dann ein Teil der Prämien dem Mann zur Last zu legen?

einen Lebens- oder Erlebensversicherungsvertrag abschließt, hat aus *seinem* Vermögen die Prämien aufzuwenden, um die Versicherungssumme zu gewinnen. Die Versicherungssumme ist der kapitalisierte Betrag der Prämien. — Hat die Frau den Lebensversicherungsvertrag *zu Gunsten des Mannes* abgeschlossen, so liegt hierin eine Zuwendung der Lebensversicherungssumme seitens der Frau an den Mann. Auch hier ist der § 1386 Abs. 1 S. 2 *prinzipiell* nicht anwendbar, der Mann der Frau gegenüber also nicht zur Tragung der Prämienlast verpflichtet. Doch wird der *Zuwendungswille* der Frau in der Regel dahin beschränkt sein, daß der begünstigte Mann *nur* die Lebensversicherungssumme und nicht außerdem noch Ersatz der von ihm bezahlten Prämien bekommen soll. Lediglich die Auslegung der zu Gunsten des Manns lautenden Vertragsklausel, nicht eine *kraft Gesetzes* dem Mann der Frau gegenüber obliegende Verpflichtung führt hier dazu, regelmäßig dem Mann die Tragung der Prämienlast aufzuerlegen. Nach den konkreten Umständen ist es jedoch auch wohl möglich, daß die Frau die Prämien, um dem Mann die Lebensversicherungssumme zu verschaffen, aus *eigenem Vermögen* aufgewendet haben will. Dies wäre z. B. dann mit Sicherheit anzunehmen, wenn sie den zu Gunsten des Manns abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag aus Vorbehaltsgutsmitteln erfüllt hat; aber auch wenn der Mann selbst den zu seinen Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag durch Zahlung der Prämien aus dem seiner Verwaltung unterworfenen eingebrachten Gut der Frau erfüllt hat, ist es *prinzipiell* nicht ausgeschlossen, daß die Prämien bei der Abrechnung über das eingebrachte Gut der Frau als eine Last des eingebrachten Gutes behandelt werden. Doch müßten in diesem Fall wohl bestimmte Anhaltspunkte für die Annahme eines solch weitgehenden, uneingeschränkten Zuwendungswillens der Frau gegeben sein. —

Ist der Dritte, zu dessen Gunsten die Frau den Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen hat, ein anderer als der

Ehemann, so ist auch in diesem Fall der Mann der Frau gegenüber zur Tragung der Prämien nicht verpflichtet; die Zuwendung der Lebensversicherungssumme an den Dritten erfolgt, wenn die Frau den Versicherungsvertrag zu Gunsten des Dritten abschließt, auf Kosten der Frau, nicht auf Kosten des Manns. —

Schließt der Mann bei bestehendem gesetzlichen Güterstand einen Lebensversicherungsvertrag, so ist selbstverständlich, daß er auch die Prämienlast zu tragen hat, mag er den Versicherungsvertrag zu Gunsten der Frau oder eines andern Dritten oder ohne Bestimmung eines Begünstigten abgeschlossen haben.

3. Besteht Errungenschaftsgemeinschaft nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 1519 ff. BGB., so ist in erster Linie zu prüfen, in welche Vermögensmasse der Anspruch aus einem vom Mann oder von der Frau abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag auf Auszahlung der Versicherungssumme fällt. Ist der Versicherungsvertrag vor Eingehung der Ehe bezw. der Begründung des Güterstandes ohne Bestimmung eines Begünstigten abgeschlossen worden, so fällt die Forderung gegen den Versicherer als auf vorehelichen Rechtstitel beruhend schon gemäß § 1524 Abs. 1 in das eingebrachte Gut des versicherten Ehegatten. Aber auch wenn der Lebensversicherungsvertrag nach Begründung des Güterstands der Errungenschaftsgemeinschaft abgeschlossen worden ist, fällt die Versicherungssumme als ein „Erwerb, der durch den Tod eines Ehegatten bedingt ist", in das eingebrachte Gut des versicherten Ehegatten. § 1522. Der Tod des Versicherungsnehmers ist allerdings keine „Bedingung" im technischen Sinn; ebenso zweifellos ist aber, daß „bedingt sein" im Sinn des § 1522 nicht im technischen Sinn zu verstehen ist; denn der Tod ist ja niemals eine zukünftige ungewisse Tatsache.

Nach § 1529 Abs. 2 trägt das Gesamtgut die Lasten des eingebrachten Guts beider Ehegatten im gleichen Umfang, wie der Mann bei dem Güterstand der Verwaltung

und Nutznießung die Lasten des eingebrachten Guts gemäß §§ 1384—1387 zu tragen hat. Es hat also das Gesamtgut, dem die Nutzungen des eingebrachten Gutes beider Ehegatten zufließen, insbesondere auch die Zinsen aus den Schulden beider Ehegatten und „andere wiederkehrende Leistungen zu tragen, die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft aus den Einkünften bestritten würden". Wie bei der Verwaltungsgemeinschaft gehören auch hier zu den wiederkehrenden Leistungen, die dem Gesamtgut zur Last fallen, nicht die Lebensversicherungsprämien; die Gründe, welche zu dieser Entscheidung führen, sind dieselben wie die bezüglich der Verwaltungsgemeinschaft dargelegten. Die aus dem Gesamtgut bezahlten Versicherungsprämien sind sonach bei der Gesamtgutsauseinandersetzung von dem Versicherungsnehmer zum Gesamtgut zu ersetzen. Da vermutet wird, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut ist (§ 1527), so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Prämien aus dem Gesamtgut bezahlt wurden.

Hat der Mann den Versicherungsvertrag zu Gunsten der Frau abgeschlossen, so erwirbt die Frau die Forderung auf Auszahlung der Versicherungssumme mit dem Tod des Mannes unmittelbar gegenüber dem Versicherer (§§ 330 u. 331). Trägt auch in diesem Fall das eingebrachte Gut des Mannes als des Versicherungsnehmers die Prämienlast? Im Fall der Bejahung hätte der Mann die aus dem Gesamtgut gezahlten Prämien aus seinem eingebrachten Gut zum Gesamtgut zu ersetzen. Die Folge wäre, da das Gesamtgut je hälftig dem Mann und der Frau zufällt, daß die Frau außer der Versicherungssumme noch die Hälfte der aus dem Gesamtgut aufgewendeten Versicherungsprämien aus dem eingebrachten Gut des Mannes ersetzt bekäme. Diese Annahme ist abzulehnen. Wenn der Mann die Prämien dem Gesamtgut entnimmt, um den zu Gunsten der Frau abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag zu erfüllen, so ist damit deutlich der Wille des Manns zum Ausdruck gebracht, daß er die Zuwendung der

Lebensversicherungssumme an die Frau aus dem seiner Verfügung unterworfenen Gesamtgut gemacht haben will. Die Zuwendung aus Gesamtgutsmitteln ist, wenn gleich eine unentgeltliche, mit der in der Annahme der Zuwendung liegenden (wenn nicht schon vorher erklärten) Zustimmung der Frau wirksam cf. §§ 1519 Abs. 2 1446 BGB. Unbegründet wäre es auch, etwa die Frau, der die Versicherungssumme auf Grund des zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrags zufällt, zum Ersatz der aus dem Gesamtgut gezahlten Prämien zu verpflichten, so daß ihr im Enderfolg nur der Betrag der Versicherungssumme abzüglich der Hälfte der bezahlten Prämien zufiele, und der Mann aus dem eingebrachten Gut der Frau die Hälfte der bezahlten Prämien ersetzt bekäme. Denn wenn keine besondere Vereinbarung der Ehegatten vorliegt, durch welche sich die Frau zum Ersatz der aus dem Gesamtgut gezahlten Prämien verpflichtete, muß angenommen werden, daß der Mann durch Abschluß des Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten der Frau die ganze Versicherungssumme der Frau unentgeltlich zugewendet haben will. Auch aus § 1539 BGB. kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Wenngleich das eingebrachte Gut der Frau durch den Erwerb der Versicherungssumme auf Kosten des Gesamtguts, aus dem die Prämien bezahlt wurden, bereichert ist, so ist trotzdem für die Anwendung des § 1539 hier kein Raum, weil diese Bereicherung auf einer unentgeltlichen Zuwendung des Mannes aus Mitteln des Gesamtguts beruht, demnach eine Pflicht der Frau gegenüber dem Mann, die aus dem Gesamtgut gezahlten Prämien zum Gesamtgut zu ersetzen, ausgeschlossen ist.

Hat der Mann die Versicherungsprämien aus seinem eingebrachten Gut bezahlt, so ist auch in diesem Fall, wenn nichts anderes unter den Ehegatten vereinbart wurde, eine Verpflichtung der begünstigten Frau, dem Mann die Prämien zu ersetzen, zu verneinen wie in jedem andern Fall eine Verpflichtung des Begünstigten, dem Versicherungsnehmer

die Prämien zu ersetzen — von besonderer Beredung abgesehen — ausgeschlossen ist.

Hat der Mann eine Versicherung auf den Fall des Erlebens eines bestimmten Zeitpunkts genommen und den Versicherungsvertrag vor Begründung des Güterstands der der Errungenschaftsgemeinschaft abgeschlossen, so fällt die Versicherungssumme als auf Grund eines zum eingebrachten Gut gehörigen Rechtstitels erworben in das eingebrachte Gut des Mannes (§ 1524), entsprechend ist die Tragung der Prämien eine Last des eingebrachten Guts des Mannes. Hat er dagegen den Versicherungsvertrag auf das Erleben nach Begründung der Errungenschaftsgemeinschaft abgeschlossen und die Prämien — was im Zweifel anzunehmen ist — aus dem Gesamtgut bezahlt, so fällt die Versicherungssumme in das Gesamtgut, wie auch die Prämien im Verhältnis der Gatten zueinander dem Gesamtgut zur Last fallen. Ist dagegen der Versicherungsvertrag auf das Erleben vom Mann aus Mitteln seines eingebrachten Guts erfüllt worden, so ist anzunehmen, daß auch die Versicherungssumme für das eingebrachte Gut des Mannes erworben wird. Der Abschluß des Versicherungsvertrags erscheint in diesem Fall als ein Rechtsgeschäft, das sich auf das eingebrachte Gut bezieht (cf. § 1524 Abs. 1). Sowohl das subjektive Moment der Absicht, für das eingebrachte Gut zu erwerben, als das objektive Moment des Bestehens eines wirtschaftlichen Zusammenhangs (durch welche der Begriff des „Rechtsgeschäfts, das sich auf das eingebrachte Gut bezieht", bestimmt wird) trifft hier zu.

Hat die Frau vor Begründung des Güterstands der Errungenschaftsgemeinschaft oder nach dessen Begründung mit Zustimmung des Manns einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen, so gilt hier bezüglich der Prämienlast ganz das gleiche, wie wenn der Mann einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hat: die Prämien fallen dem eingebrachten Gut der Frau, in welches auch die Versicherungssumme fällt, zur Last; die Frau hat sonach die Prämien,

soweit sie aus dem Gesamtgut bestritten wurden, zum Gesamtgut zu ersetzen. Hat sie den Versicherungsvertrag zu Gunsten des Mannes abgeschlossen und die Prämien aus ihrem Vorbehaltsgut bezahlt, so erwirbt der Mann auf den Tod der Frau die ganze Versicherungssumme, ohne bezüglich der Prämien ersatzpflichtig zu sein. Hat der Mann mit Zustimmung der Frau den zu seinen Gunsten von der Frau abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag aus Gesamtgutsmitteln erfüllt, so ist auch in diesem Fall — von besonderer Vertragsberedung der Ehegatten abgesehen — eine Verpflichtung des Mannes, die Prämien aus seinem eingebrachten Gut zum Gesamtgut zu ersetzen, zu verneinen und die Anwendung des § 1539 ausgeschlossen. Denn die in dem Abschluß des Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten des Mannes liegende Zuwendung der Lebensversicherungssumme seitens der Frau an den Mann ist — ebenso wie wenn der Mann zu Gunsten der Frau einen Lebensversicherungsvertrag abschließt, — wenn nichts anderes vereinbart ist, eine unentgeltliche. Sowenig eine Ersatzpflicht des begünstigten Manns begründet wird, wenn die Frau selbst aus Vorbehaltsgutsmitteln die Prämien bezahlt, um dem Mann die Versicherungssumme nach ihrem Tod zu verschaffen, ebensowenig ist dies dann der Fall, wenn der Mann mit Zustimmung der Frau die Prämien aus dem Gesamtgut bereinigt. Wäre der Wille der Ehegatten dahin gegangen, daß die Prämien dem Mann zur Last fallen, sonach nach dem Tod der Frau vom Mann wieder zum Gesamtgut ersetzt werden sollen, so würde wohl nicht die Frau zu Gunsten des Mannes den Versicherungsvertrag geschlossen, sondern viel einfacher der Mann für sich selbst auf den Tod der Frau die Versicherung genommen haben. Eine Verpflichtung des Manns die Prämien, die er zur Erfüllung eines von der Frau zu seinen Gunsten abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrags aus dem Gesamtgut bezahlt hat, wieder zum Gesamtgut zu ersetzen, kann sonach nur angenommen werden, wenn die Ehegatten dahin übereingekommen sind, daß die Prämien

nicht dem Gesamtgut, sondern dem eingebrachten Gut des Mannes zur Last fallen sollen.

4. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft fällt die Lebensversicherungssumme in jedem Fall, wenn der Versicherungsvertrag nicht zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen worden ist, in das Gesamtgut und sind deshalb auch die Prämien in jedem Fall eine Last des Gesamtguts. Auch wenn eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eintritt (cf. §§ 1482 ff., 1557 BGB.), ist doch das aus dem Versicherungsvertrag abgeleitete Forderungsrecht ein zum Gesamtgut gehöriges Recht; wenngleich der Anspruch auf Auszahlung der Lebensversicherungssumme erst nach dem Tod des Versicherungsnehmers, also erst nach Beendigung des Güterstands erworben wird, so fällt die Lebensversicherungssumme trotzdem als ein Erwerb auf Grund eines zum Gesamtgut gehörigen Rechts in das noch ungeteilte Gesamtgut. §§ 1473, 1549 BGB.

Ist der Lebensversicherungsvertrag vom Mann zu Gunsten der Frau oder von der Frau zu Gunsten des Manns abgeschlossen worden, so ist zu unterscheiden, ob eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft eintritt oder nicht eintritt. Im ersteren Fall fällt die Versicherungssumme in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft wie jeder Erwerb, den der überlebende Ehegatte nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft macht. § 1485 Abs. 1 BGB. Die während der Ehe bezahlten Prämien sind als Last des ehelichen Gesamtguts zu behandeln. — Tritt eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht ein, so fällt die von dem begünstigten Ehegatten erworbene Lebensversicherungssumme nicht in das Gesamtgut, sondern bleibt ganz dem überlebenden Ehegatten. Vor dem Tod des Versicherungsnehmers hatte der begünstigte Ehegatte, wenn nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt war, nur eine ganz unbestimmte jederzeit entziehbare Anwartschaft, nach dem Tod des Versicherungsnehmers die Forderung unmittelbar gegen den Versicherer zu erwerben (§ 331 BGB.). Der Erwerb der Versicherungs-

summe durch den überlebenden Ehegatten ist sonach in diesem Fall nicht auf Grund eines zum Gesamtgut gehörigen Rechts gemacht; die Voraussetzungen des § 1473 BGB. treffen nicht zu. Wenn gleich in diesem Fall die zu Gunsten des überlebenden Ehegatten lautende Klausel die Wirkung hat, daß der überlebende Gatte die ganze Versicherungssumme auf Kosten des ehelichen Gesamtguts erwirbt, so ist trotzdem eine Verpflichtung des Begünstigten, die aus dem Gesamtgut bezahlten Versicherungsprämien zum Gesamtgut zu ersetzen, zu verneinen.

Wie im entsprechenden Fall bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft, ist auch hier daran festzuhalten, daß die Zuwendung der Versicherungssumme seitens des Versicherungsnehmers an den begünstigten Ehegatten, wenn nichts anderes beredet worden ist, eine unentgeltliche ist. Es wäre nicht einzusehen, wenn der Lebensversicherungsvertrag eines Ehegatten zu Gunsten des andern Ehegatten in dieser Richtung anders beurteilt werden sollte als ein zu Gunsten eines beliebigen Dritten geschlossener Versicherungsvertrag.

Ist durch Ehevertrag vereinbart worden, daß der Anspruch aus dem Lebensversicherungsvertrag zum Vorbehaltsgut des Versicherungsnehmers gehören solle, so ist klar, daß auch die Prämienlast auf dem Vorbehaltsgut ruht. Soweit Prämien aus dem Gesamtgut bezahlt wurden, ist aus dem Vorbehaltsgut zum Gesamtgut Ersatz zu leisten, cf. § 1466 BGB.

Literarische Anzeigen.

Die **zweite Auflage** des schon mehrfach (s. oben S. 128) angezeigten Staudinger'schen Kommentars zum BGB. liegt jetzt in sieben Bänden (einschließlich des 223 Seiten starken Registerbands) abgeschlossen vor (Preis geb. 141 Mk. 70 Pfg.). Wenn das Werk auch naturgemäß bei der Mehrheit der Bearbeiter nicht völlig aus einem Guß ist, so steht es durchweg doch auf der Höhe der Aufgabe und bildet durch seine eingehenden und gründlichen, die einschlägige Literatur und Rechtsprechung bis in die neueste Zeit sorgfältig berücksichtigenden Erörterungen ein Hilfsmittel der Praxis, das selten versagen wird und demgemäß auch, wie ein Blick in die zur Veröffentlichung gelangenden das BGB. betreffenden Entscheidungen zeigt, in stetig wachsendem Maß benützt wird.

Im Verlag von J. C. B. Mohr sind in letzter Zeit (1905/6) mehrere civilistische, den Praktiker interessierende Werke erschienen, deren Würdigung an dieser Stelle nicht möglich ist, auf die aber doch aufmerksam gemacht werden soll, da sie teils einzelne wichtige Arten von Schuldverhältnissen eingehend und gründlich behandeln, teils allgemeine, aber hauptsächlich das Obligationenrecht betreffende, Grundfragen erörtern. Werke der ersteren Art sind: **„Dienstvertrag und Werkvertrag"** von Prof. G. Rümelin (Preis 6 Mk.) und **„Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB."** von Prof. Dr. M. Rümelin (Preis 7 Mk.), jedes ein Gebiet behandelnd, das trotz — oder zufolge — der durch das BGB. erfolgten gesetzlichen Regelung Zweifelsfragen in Hülle und Fülle birgt, zu deren Lösung hier wertvolle Beiträge geliefert werden. Weitergreifenden Inhalts ist das Buch von L. R. Schöninger: „Die Leistungsgeschäfte des bürg. Rechts" (Preis Mk. 7.50), das die Leistungs-(Vermögenszuwendungs-)Geschäfte als eigenartige, vornehmlich durch ihre causa (Zweck) charakterisierte Gebilde von einem neuen Gesichtspunkt aus behandelt und jedenfalls als von wissenschaftlichem Geist getragene Erörterung wichtiger grundsätzlicher Fragen zu deren wiederholter Prüfung anregen wird, wenn es auch zweifelhaft erscheinen mag, ob die vom Verfasser aufgestellten Sätze und die daraus

gezogenen Folgerungen (z. B. in betreff der Sicherheits-Uebereignungen und -Abtretungen) sich durchweg werden Geltung verschaffen können.

Pf.

Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg. Erläutert von Dr. Karl Göz (Tübingen, Mohr, Preis geb. 8 Mk.). Eine Erläuterung der Verfassungsurkunde ist jetzt, wo voraussichtlich eine Aenderung wesentlicher Bestimmungen so bald nicht mehr zu erwarten ist, sicherlich zeitgemäß und dankenswert, zumal wenn sie, wie im vorliegenden Fall, von berufener Hand in wissenschaftlichem Geist erfolgt. Der Inhalt des Werks deckt sich sachlich naturgemäß vielfach mit dem in der dritten Auflage von demselben Verfasser bearbeiteten rühmlichst bekannten Gaupp'schen Staatsrecht, aber auch abgesehen von der durch die Kommentarform bedingten Verschiedenheit ist in ihm auch da, wo es dieselben Punkte wie das „Staatsrecht" erörtert, die in letzterem gegebene Darstellung meist nicht einfach herübergenommen, sondern dem Zweck des jetzigen Werks entsprechend erweitert oder verkürzt[1]). Die nicht mehr geltenden Bestimmungen sind von den noch in Geltung stehenden schon äußerlich durch andern Druck geschieden, überall ist der historische Zusammenhang zwischen dem geltenden und dem früheren Recht hervorgehoben. Wer also mit einer in der Verfassung behandelten Frage des öffentlichen Rechts sich zu befassen Anlaß hat, vermag sich durch das vorliegende Werk rasche und zuverlässige Belehrung zu verschaffen. Dankenswert ist auch, daß in den Beilagen das Krondotationsedikt vom 20. Jan. 1819, das Hausgesetz vom 8. Juni 1828 und die Geschäftsordnungen der beiden Kammern abgedruckt sind.

Eine handliche Ausgabe der **Württ. Verfassungsurkunde** in ihrer jetzigen Gestalt nebst dem Landtagswahlgesetz hat (im Verlag der Metzler'schen Buchhandlung) Gerichts-Referendar Artur Königsberger herausgegeben (Preis geb. 2 Mk.). Den einzelnen §§ sind kurze, aber für den Handgebrauch genügende Anmerkungen, dem Landtagswahlgesetz ist die zu dessen Vollziehung ergangene Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 10. Okt. 1906 nebst Beilagen (Musterbeispielen) beigegeben, so daß es ohne große Mühe möglich ist, sich in den beim bloßen Lesen des Gesetzestexts nicht immer leicht verständlichen Bestimmungen über die Verhältniswahl zurechtzufinden.

[1]) Vgl. z. B. die Ausführungen zu § 185 (Verantwortlichkeit der Ständemitglieder) und zu § 89 (Verordnungen) — wo auf S. 160 statt „§ 98" zu lesen ist „§ 89" — mit den entsprechenden Stellen des Staatsrechts S. 109, 183, 29—31.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

G.

H.

J.

K.

M.

O.

P.

R.

S.









